Besitzerwerb durch Stellvertretung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- u. Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Günther Schmidt
Gerichtsreferendar aus Cottbus N.-L.

MARBURG 1934

Buch- und Kunstdruckerei von E. Wätzrig, Dahme (Mark)

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 15. Januar 1934.

Berichterstatter:
Geheimer Justizrat Professor Dr. Leonhard.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554410_0108

Inhaltsübersicht.

§ 1 Aufgabe und Ausgangspunkt: Merkmale einer Stellvertretung.

§ 2 Geschichtlicher Ueberblick.

§ 3 Die Zulässigkeit einer Stellvertretung bei dem Erwerbe des Besitzes im allgemeinen.

§ 4 Stellvertretung beim Besitzerwerb gemäß § 854 Abs. II.

§ 5 Vertretung beim Erwerb durch den Besitzdiener nach § 855.

§ 6 Erwerb des mittelbaren Besitzes durch den Mittler nach § 868.

§ 7 Stellvertretung beim Erwerbe des mittelbaren Besitzes gemäß § 870.

§ 8 Besitzerwerb einer juristischen Person und einer Personenmehrheit.

Schrifttum.

Aravantinos: Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht. (In Jher. Jahrb. Bd. 48 S. 101 ff.)

Baron: Pandekten 1893.

Biermann: Kommentar zum BGB. 2. Bd. 1914.

Brunner-Heymann: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte 1919.

Bruns: Besitzerwerb durch Interessenvertreter 1910

Dernburg: Die allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts 1902.

Dernburg: Sachenrecht 1904.

Draganesco: Die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter 1916.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 2 Bd. 1905.

Endemann: Römisches Privatrecht 1925.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch d. Bürgerlichen Rechts I. Bd. 1. Teil 1928.

Förtsch: Besitz durch gesetzliche Vertreter. (in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 43 S. 545 ff.)

Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht 1905.

Gierke, Otto: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes 1897.

Hedemann: Sachenrecht 1924.

Heinrichs: Besitzerwerb und Besitzerhaltung durch Stellvertreter. (Dissert. Rostock 1900.)

Huber: Die Bedeutung der Gewere im deutschen Recht 1894.

Jhering: Der Besitzwille (in Jher. Jahrb. Bd. 38.)

Jsay: Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Recht 1900.

Kaemmerer: Stellvertretung i. Besitzerwerb nach römischem und gemeinem Recht. (Diss. Leipzig 1907.)

Klein: Rechtshandlungen im engeren Sinne 1912.

Kommentar der Reichsgerichtsräte. 3. Bd. 9. Aufl. 1928.

Kreß: Besitz und Recht 1909.

Kretzschmar: Das Sachenrecht 1906.

Laube: Erwerb und Verlust des Besitzes nicht vollkommen geschäftsfähiger und juristischer Personen nach römischem u. heutigem Recht. (Dissert. Rostock 1903.)

Last: Fragen der Besitzlehre (in Jher. Jahrb. Bd. 63 S. 71 ff.)

Lenel: Stellvertretung und Vollmacht (in Jher. Jahrb. Bd. 36 S. 42 ff.)

Leonhard: Vertretung beim Fahrniserwerb 1899.

Leonhard: Lehrbuch 1926.

Männer: Das Sachenrecht 1906.

Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft.

Mengelkoch: in Jher. Jahrb. Bd. 76 S. 53 ff.

Munscheid: Stellvertretung im Besitzerwerb. (Dissert. Leipzig 1901).

Oertmann: Kommentar zum BGB. Allgemeiner Teil 1927.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 3. Bd. 1920.

Przibilla: Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter (in Jher. Jahrb. Bd. 50 S. 323 ff.)

Rosenberg: Sachenrecht 1919.

Schloßmann: Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Recht 1881.

Sokolowski: Die Philosophie im Privatrecht 2. Bd. 1907.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 3. Bd. 1926.

Strohal: Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich 1897.

v. Thur: Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts 2. Bd. 1914.

Wendt: Besitz und Besitzwille (in der Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen 1907 S. 97 ff.)

Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 2. Bd. I. Teil Das Sachenrecht 1927.

§ 1. Aufgabe und Ausgangspunkt: Merkmale einer Stellvertretung.

Nach den Vorschriften des heute geltenden Bürgerlichen Gesetzbuches, insbesondere des § 854 Abs. I, wird der Besitz durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben. Von diesem Grundsatz finden sich in den §§ 854 Abs. II und 870 Ausnahmen, bei denen das Erfordernis der tatsächlichen Herrschaftsergreifung zurücktritt.

Eine Begriffsbestimmung der tatsächlichen Gewalt für alle Fälle des Besitzerwerbes zu geben, ist aus dem Grunde nicht möglich, weil sich dieser Begriff aus der jeweils herrschenden Lebensauffassung und aus der Verkehrsanschauung ergibt[1]). Sie bedeutet jedenfalls eine nicht nur vorübergehende tatsächliche Beziehung einer Person zu einer Sache, ist mithin eine Tatsache.

Ueber die für den Verkehr, z. B. die Eigentumsübertragung, wichtige Frage, ob der Besitz durch einen Stellvertreter erworben werden kann, ist im Gesetz eine Bestimmung nicht getroffen. Unsere Aufgabe ist daher die Untersuchung:

Kann nach dem geltenden bürgerlichen Recht der Besitzerwerb durch einen Stellvertreter erfolgen?

Bei der Untersuchung dieser Frage müssen wir von dem Begriff der Stellvertretung ausgehen. Stellvertretung im Sinne der §§ 164 ff. B.G.B. bedeutet den Abschluß eines Rechtsgeschäftes für einen anderen in der Weise, daß der Vertreter eine Willenserklärung erkennbar für einen anderen abgibt, deren Wirkungen in der Person des anderen eintreten sollen. Daraus ergibt sich, daß der Vertreter das Geschäft im Namen eines andern abschließen muß, damit dessen Wirkungen den andern unmittelbar treffen. Das besagt ferner, daß der Vertreter durch seine Erklärung ausdrücklich oder auch in anderer Weise stillschweigend sein Vertretungsverhältnis zum Ausdruck bringen muß.

Wir haben in diesem Merkmal den Unterschied von der sogenannten mittelbaren oder indirekten Stellvertretung zu sehen.

---

[1]) Die verschiedenen Meinungen in der Wissenschaft lassen diese Unmöglichkeit am besten erkennen.

Bei dieser treten die Wirkungen des Geschäftes mangels des Handelns in fremdem Namen nicht in der Person des anderen, sondern in der des „Vertreters" ein. Diese Art des Handelns für Rechnung eines anderen, welche im B.G.B. keine Regelung gefunden hat, sei in unserer Abhandlung außer Betracht gelassen. Hierbei würde stets zuerst der sogenannte Vertreter den Besitz erwerben und dann eine Weiterübertragung an den andern erforderlich sein. In diesem Falle überhaupt von einer Stellvertretung zu reden, ist nicht richtig.

Handelt aber der Vertreter erkennbar in fremdem Namen — dies erfordert das „Offenheitsprinzip"[2]) —, so wird nur der Vertretene aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet. Es entscheidet dabei nicht der innere Wille des Vertreters darüber, ob die Wirkung des Geschäftes den Vertretenen unmittelbar treffen soll. Kauft z. B. der Vertreter eine Sache erkennbar im Namen des Vertretenen, faßt aber innerlich den Entschluß, die Sache sich selbst zu erwerben, so wird dennoch der Vertretene allein aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet. Dies ist die Auswirkung des Offenheitsprinzipes, welches dem Schutz des Verkehrs dient. Die Vertragspartei muß wissen, wer ihr Vertragsgegner ist. Die für den Verkehr nachteilige Folgerung, welche sich aus einer Betonung des Vertreterwillens ergeben würde, liegt auf der Hand.

Zu dem Begriff der Stellvertretung gehört ferner, daß der Vertreter das Geschäft selbst abschließt, es durch eigenen Willen beeinflußt. Darin liegt der Unterschied von dem sogenannten Boten gegenüber dem Stellvertreter. Ersterer überbringt lediglich eine fremde Willenserklärung. Er kann im Gegensatz zum Stellvertreter geschäftsunfähig sein und dient nur als „Sprachrohr".

Die Stellvertretung setzt endlich eine Vertretungsmacht des Vertreters voraus. Diese kann auf einem Rechtsgeschäft zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen oder auf dem Gesetz beruhen. Der Vertretene wird nur dann aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet, wenn der Vertreter im Rahmen der Vertretungsmacht handelt.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, dann tritt die Wirkung der von dem Vertreter vorgenommenen Handlung unmittelbar und allein in der Person des Vertretenen ein.

§ 2. Geschichtlicher Ueberblick.

Bevor auf die Frage eingegangen wird, ob eine den oben dargelegten Grundsätzen entsprechende Stellvertretung im heutigen

[2]) Vgl. Leonhard Vertr. § 2 S. 2.

bürgerlichen Rechte bei dem Erwerb des Besitzes zugelassen werden kann, ist ein geschichtlicher Ueberblick zu geben für die Zeit bis zur Schaffung unseres Bürgerliches Gesetzbuches. Zwar hat weder das römische und gemeine, noch das deutsche Recht einen ausschließlichen Einfluß auf die Grundlagen unseres heutigen Besitzrechtes ausgeübt. Die Erklärung dafür ergibt sich daraus, daß der Begriff des Besitzes sich auf die jeweils herrschende Verkehrsauffassung gründet. So sind die heutigen Verkehrsverhältnisse wesentlich anders geartet als die, auf denen das römische und gemeine Recht fußten. Damit ist auch die Grundlage des Besitzrechtes eine andere geworden. Namentlich ist, wie wir noch sehen werden, das im römischen und gemeinen Recht herrschende Willenserfordernis heute nicht mehr unbedingte Voraussetzung des Besitzerwerbes. Dennoch sind aber einige Anlehnungsmerkmale an die früheren Rechte in unserm Besitzrecht vorhanden. Ein kurzer Ueberblick über die Geschichte mag daher dem Vergleiche dienen. Auf eine Erörterung der sich aus den früheren Rechten ergebenden Streitfragen muß im Rahmen dieser Arbeit verzichtet werden.

Dem römischen und dem gemeinen Rechte, welches auf dem römischen Rechte aufgebaut ist, war eine Stellvertretung in der heutigen Form beim Abschluß eines Rechtsgeschäftes unbekannt[3]). Es galt der Satz:

„per liberam personam, quae iuri nostro non subiecta sunt, nihil nobis adquiri potest“[4]).

Dieser Grundsatz entspricht dem individualistisch eingestellten Charakter des römischen Rechtes, in dem jeder selbst handeln soll. Ihm entspricht die „obligatio“, die eine besonders enge Verbindung mit der Person des Schuldners herstellen und deshalb selbst begründet werden soll. Ein Merkmal für die grundsätzliche Ablehnung der Stellvertretung im römischen Recht ist ferner die Bestimmung, daß der „impubes“, die „infantes“ alle Geschäfte selbst abschlossen, während der „tutor“ nur seine Zustimmung erteilte[5]). Dieser Grundsatz galt für alle Arten von Verträgen.

Von grundlegender Bedeutung war, daß die Römer eine freie Stellvertretung entbehren konnten. Das römische Verkehrsleben fand die nötige Abhilfe dadurch, daß Hauskinder und Gewaltunterworfene stets für den Hausherrn erwarben. Dieser Erwerb aber gründete sich auf die väterliche Gewalt. Das rechtsunfähige Kind erwarb notwendig alles dem Gewaltshaber. Von einer Stell-

---

[3]) Vgl. Draganesco S. 2; Lenel S. 58; Baron, Pand. §§ 65, 220; Schloßmann §§ 4, 6; Kaemmerer § 2; Bruns S. 15.

[4]) L. 41 D. 41. 3.

[5]) „auctoritatis interpositio“. Vgl. Kress S. 50. Draganesco S. 8.

vertretung im obigen Sinne ist dies sehr verschieden[6]). Ein Gleiches gilt für den Erwerb durch Sklaven. Auch diese stehen, wenn sie im Besitze des Hausherrn sind, unter dessen Gewalt und erwerben unmittelbar für den Herrn[7]). Durch solche Personen wurde für den Herrn erworben. Sie sind als Werkzeuge des Gewalthabers anzusehen, eine Stellvertretung lag nicht vor.

Einen Besitzerwerb mit Hilfe freier Personen, eine wahre Stellvertretung, gab es ursprünglich nicht. Erst allmählich hat sich eine Stellvertretung beim Besitzerwerb unter dem Einfluß des klassischen Rechts entwickelt[8]). Ausgangspunkt dieser Entwicklung war die Unterscheidung zwischen der „possessio" und der „detentio" insofern, als eine Person bloßer Inhaber sein konnte, ohne selbst Besitz zu haben. Ferner trug die Ausgestaltung des Besitzdienerbegriffes dazu bei[9]). Neratius weist u. a. darauf hin, daß eine Stellvertretung zugelassen wurde. Er schreibt[10]):

„quamvis per procuratorem possessionem apisci nos iam fere conveniat"

Paulus sagt bestimmter[11]):

„per procuratorem, tutorem curatorumve possessio nobis adquiritur".

Jedoch handelt es sich bei diesen Personen zum Teil um Besitzdiener, d. h. um nicht unabhängige Personen. Der „procurator" ist ein Vermögensverwalter, welcher in dauernden Diensten steht. Meist ist er ein freigelassener Sklave, mithin keine völlig freie Person[12]). Die Stellung des Procurators ist jedoch bereits eine freiere als die des Sklaven.

Die Entwicklung ging weiter, indem man sich eines „quasiprocurator" bediente, der wohl einem Beauftragten gleichkam. Der Satz[13]):

„possessio per liberas personas nobis adquiritur"

läßt uns die Zulässigkeit einer Stellvertretung beim Besitzerwerb erkennen. Er galt schon vor Justinian[14]). Besonders bei Ulpian

---

[6]) Vgl. Kaemmerer § 2; Bruns S. 13.

[7]) Vgl. L. 3. § 12 Dig. 41. 2.

[8]) a. A. Schloßmann S. 47 ff.

[9]) Vgl. Draganesco S. 42; Kaemmerer § 3.

[10]) L. 41. 3.

[11]) L. 1. § 20 Dig. 41. 2.

[12]) Vgl. Lenel S. 82; Kress S. 41; Bruns S. 16; Kaemmerer § 2; Draganesco S. 11.

[13]) Vgl. Ulpian L. 11 § 6 Dig. 13. 7.; L. 13. D. 39. 5.; Julian L. 37 § D. u. a. m.; Baron §§ 66, 117.

[14]) Vgl. Lenel S. 55; Kaemmerer S. 38; Bruns S. 17; Kress S. 52; Draganesco § 18; a. A. Schloßmann S. 47 ff.

finden wir[15]):

„sed hoc iure utimur, ut et possidere et usucapere municipes possint, idque iis et per servum et per liberam personam adquiratur".

Man hat hier zwar eine Interpolation angenommen[16]). Aber Ulpian spricht an anderer Stelle aus, daß wohl eine „obligatio" nicht durch einen Stellvertreter, d. h. durch eine freie Person, begründet werden könne, der Besitz aber — wie es durch den Kaiser festgesetzt sei (Reskript der Kaiser Severus und Antonius) — durch eine freie Person erworben werden könne[17]). Andere, z. B. Paulus, sprechen nur von einem Besitzerwerb durch Prokuratoren. Das hängt aber damit zusammen, daß der Begriff des „procurator" von den römischen Juristen allgemeiner gefaßt und z. B. auch für den Beauftragten verwendet wurde. Justinian hat die Zulässigkeit der Stellvertretung beim Erwerbe des Besitzes in seine Rechtssammlung aufgenommen und damit die Entwicklung für das römische Recht beendet.

Es sei im folgenden kurz darauf eingegangen, welche Voraussetzungen im römischen Recht für den Besitzerwerb durch Stellvertretung erforderlich waren. Daraus wird sich besonders der Unterschied zu unserem heutigen Recht ersehen lassen. Für den Besitzerwerb galt der Grundsatz[18]):

„adipiscimur possessionem animo et corpore."

Es genügte nicht die Erlangung der tatsächlichen Gewalt, des „corpus", sondern der Wille zu erwerben mußte als unbedingtes Erfordernis hinzukommen. Durch den Stellvertreter mußte die tatsächliche Gewalt ergriffen oder in der Person des Vertreters begründet werden. Der Vertreter trat dabei meist als Besitzdiener auf. Aber es bestand auch die Möglichkeit, wie wir gesehen haben, durch eine unabhängige Person den Besitz zu erwerben. Unbedingtes Erfordernis war dabei der Besitzwille, der darauf gerichtet sein mußte, die Sache zu besitzen[19]). Savigny lehrte, der Wille müsse dahin gehen, die Sache wie ein Eigentümer zu besitzen. Diese Lehre ist aber bedenklich. Insbesondere weisen die römischen Quellen nicht auf einen solchen Willen. Der Pfandgläubiger, der Sequester usw. hatten nur den Willen, die Sache zu

---

[15]) L. 2. Dig. d. adqu. vel amitt. poss. 41. 2.

[16]) Vgl. Bruns S. 18.

[17]) L. 11. § 6 Dig. d. pign. act. 137.

[18]) Vgl. u. a. Paulus L. 3 § 1 Dig. d. acqu. vel am. poss. 41. 2.; Baron § 112.

[19]) Vgl. Draganesco S. 62; Bruns S. 3; Kress S. 34.

besitzen. Beim Mieter nahmen die Römer einen „animus alieno nomine possidendi" an. Ein Doppelbesitz war den Römern grundsätzlich unbekannt.

Der Wille, die Sache zu besitzen, der „animus possidendi" mußte bei der Stellvertretung in der Person des Vertretenen gegeben sein. Eine Vertretung im Besitzwillen aber kannte das römische Recht nicht. Dies beweist die Stelle bei Paulus[20]):

„possessionem adquirimur et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno."

Daraus geht hervor, daß eine Vertretung nur im „corpus" möglich war[21]). Der Vertreter hatte nicht den „animus possidendi", diesen hatte nur der Vertretene. Der Vertreter mußte lediglich den Willen auf Erlangung des „corpus" für den Erwerber haben[22]). Der Wille des Vertretenen, den Besitz zu erwerben, kam zum Ausdruck in dem an den Vertreter erteilten Auftrag oder in einer Genehmigung („ratihabitio")[23]).

Umstritten ist, ob der Wille des Vertreters allein dem Erwerbe die Richtung auf den Vertretenen gab. Dies ist jedenfalls für die einseitige Besitzergreifung anzunehmen. Bei der „detentio" war dieser Wille — den Savigny auch hier erforderte, aber von Jhering widerlegt wurde — nicht notwendig. Die Causa der Detention gab die Richtung des Erwerbes. Erst als die Stellvertretung durch freie Personen sich durchsetzte, konnte der Wille des Vertreters in Betracht kommen. Erklärte der Prokurator, für sich erwerben zu wollen, so war ein unmittelbarer Erwerb des Vertretenen nicht möglich[24]). Auf eine Stelle bei Paulus[25]) stützt Bremer die Lehre, daß der Vertreterwille stets maßgebend war. Diese Ansicht wird aber von Leonhard[26]) widerlegt, indem dieser darlegt, daß aus besagter Stelle die alleinige Betonung des Vertreterwillens — jedenfalls für eine Tradition des Besitzes — nicht zu entnehmen ist, sondern der Inhalt des Vertrages die Rechtswirkungen beeinflußt. Der Ansicht Bremers ist die Savignys verwandt. Jedoch macht ersterer eine Einschränkung, indem er Wert darauf legt, wie der Wille in den Erklärungen und dem nach außen kenntlichen Sachverhalt hervortritt.

---

[20]) sent. rec. 5. 2. § 1.
[21]) Vgl. Kaemmerer § 3 S. 11; Heinrichs S. 23; Bruns S. 33; Baron § 117.
[22]) Baron § 117, 2.
[23]) Vgl. Ulpian L. 42. § 1 Dig. 41. 2; Lenel S. 61; Baron § 117; Munscheid S. 26/29; Bruns S. 19, 33.
[24]) Vgl. Kaemmerer S. 19.
[25]) L. 1. § 20. D. 41. 2.
[26]) Vertr. S. 27/29.

Wegen der hiergegen sprechenden Bedenken haben Jhering und Lenel Lehren für die Fälle aufgestellt, in denen bei einer Tradition der Wille des Tradenten von dem des Erwerbers abweicht. Jhering stellt es darauf ab, ob ein Interesse des Empfängers besteht, den Besitz selbst oder für einen andern zu erwerben. Es kann jedoch sehr zweifelhaft sein, ob die Interessenlage sich im Einzelfall stets einwandfrei feststellen lassen wird, sodaß die Verkehrssicherheit gefährdet wäre[27]). Auch Lenel[28]) will dem Willen der Parteien keinerlei Bedeutung zumessen. Er läßt den Besitz bei dem Vertretenen eintreten, wenn der Erwerb sich auf Grund eines für den Vertretenen begründeten Kausalverhältnisses vollzieht. Aber wie dann, wenn die Erklärungen sich in anderer Richtung als das Kausalverhältnis bewegen oder dieses nichtig ist? Man kann jedoch dieser Lehre, welche den Anordnungen des Verkehrs mehr gerecht wird, insoweit beitreten, als man das Kausalverhältnis als Auslegungsregel zur Entscheidung der Besitzfrage heranzieht[29]). Der Wille des Vertreters kann in Betracht kommen, wenn er geäußert war. Aber auch das der Tradition zu Grunde liegende Rechtsverhältnis kann zur Auslegung benutzt werden.

Während das gemeine Recht in der Entwicklung unter der Führung Savignys auf romanistischer Grundlage fußte, finden sich in den neueren Partikularrechten, z. im A.L.R., schon Bestrebungen, welche den römischen Besitzbegriff einschränkten und deutsche Gedanken hervorhoben[30]). Trotzdem war der erste Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches noch auf römischrechtlichen Grundlagen zur Entstehung gelangt. Insbesondere war darin das Erfordernis des Besitzwillens aufgestellt und eine Stellvertretung beim Besitzerwerb ausdrücklich zugelassen. Erst der zweite und entscheidende Entwurf unseres B.G.B. beseitigte das römische Recht aus unserer Besitzlehre. Dies beruht teilweise auf einer Aufnahme germanischen Rechts[31]).

Dem deutschen Recht mußte die römische „possessio" weichen, denn diesem war eine Unterscheidung zwischen Besitz und bloßer Innehabung unbekannt. Jeder Inhaber war auch Besitzer. Ob der Begriff der „Gewere" dem heutigen „Besitz" gleichkommt, erscheint zweifelhaft und ist eine umstrittene Frage. Man kann jedoch feststellen, daß unser Besitz nicht der römischen „possessio", eher der „Gewere" nachgebildet ist. Dies allein schon deswegen,

---

[27]) Vgl. Lenel S. 53/54; Kaemmerer S. 52; Draganesco S. 98.

[28]) In Jher. Jahrb. Bd. 36 S. 42 ff.

[29]) Vgl. Leonhard, Vertr. S. 50/51; Munscheid S. 25.

[30]) Vgl. Wolff § 4, 1, 3.

[31]) Vgl. Leonhard S. 68; Wolff § 4, I; a. A. Bruns S. 37.

weil das Willenserfordernis — wie wir noch darlegen werden — ausgeschaltet ist. Uebrigens ist die Gewere ein umfassenderer Begriff als unser Besitz. Sie bezieht sich z. B. auch auf unkörperliche Sachen.

Auf eine Anlehnung an das deutsche Recht läßt ferner die Anerkennung des Doppelbesitzes (§ 868) schließen. Der Lehnsherr hatte Oberbesitz und daher Gewere neben dem Vasallen. Wer die Nutzung oder den Zinsgenuß hatte, besaß die Gewere. Auch die Vererblichkeit des Besitzes ist aus dem deutschen Recht übernommen, ebenso wie das sogenannte Offenheitsprinzip[32]). Kurz gesagt, es besteht eine große Aehnlichkeit unseres Besitzrechtes mit dem deutschen Rechte.

Von besonderer Wichtigkeit für unsere Arbeit ist, daß das unbedingte Erfordernis des Willens beim Besitzerwerb im Besitzrecht des B.G.B. keine Aufnahme gefunden hat. Auch dies muß auf deutsch-rechtlichen Einfluß zurükzuführen sein, denn bei der Gewere spielt der Wille keine maßgebende Rolle[33]). Die Gewere bedeutete nur ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis, ohne daß der Wille eine Bedeutung hatte[34]). In notwendigem Zusammenhang mit der Abkehr von dem Erfordernis des Willens ist auch die im römischen Recht anerkannte Stellvertretung beim Besitzerwerb nicht in unser Besitzrecht aufgenommen worden. Denn das deutsche Recht ließ grundsätzlich eine Vertretung nicht zu. Der Erwerb des Muntherrn beruhte auf dem familienrechtlichen Verhältnis, enthielt mithin keine Stellvertretung.

Wenn wir auch Merkmale einer Anlehnung unseres Besitzrechtes an die früheren, besonders an das deutsche Recht, feststellen können, so ist es doch auch auf die Anforderungen des neuen Verkehrs gegründet und den Zeitverhältnissen angepaßt[35]). Es ist daher für unsere Betrachtungen angebracht, von dem heute geltenden Rechte auszugehen und die früheren Rechte lediglich zum Vergleich heranzuziehen.

§ 3. Ist nach dem Rechte des B.G.B. eine Stellvertretung bei dem Besitzerwerbe im allgemeinen zulässig?

Die Entstehungsgeschichte unseres Bürgerlichen Gesetzbuches weist bezüglich der Frage, ob eine Stellvertretung bei dem Erwerbe des Besitzes allgemein zulässig ist, zwei Gegensätze auf. Im ersten Entwurf eines B.G.B., der — wie schon gesagt — stark dem römischen und gemeinen Recht angelehnt war, hatte man dem-

---

[32]) Vgl. Brunner-Heymann S. 195, § 46.
[33]) Vgl. Huber S. 46.
[34]) Vgl. Wolff S. 4, I, 3.
[35]) Vgl. insbes. den Unterschied des Besitzes zur Gewere.

entsprechend im § 801 eine Stellvertretung im Besitzerwerb ausdrücklich zugelassen. Die Frage, wie der Erwerb des Besitzes durch den Vertreter mit unmittelbarer Wirkung für den Vertretenen eintreten sollte, löste man in der Weise, daß dem Vertretenen nicht der Verkehrsbesitz, sondern nur die Rechtsposition eines Besitzers eingeräumt wurde, während der Verkehrsbesitz durch die Ergreifungshandlung bei dem Vertreter verbleiben sollte[36]). Die Unhaltbarkeit dieser Regelung, welche nur unter dem Einfluß römischrechtlicher Gedanken — dem Gegensatz zwischen „possessio" und „detentio", vor allem dem Erfordernis des Willens — denkbar war, wird sich aus dem Folgenden ergeben. Die zweite Kommission zur Schaffung eines B.G.B., welche das Besitzrecht nach fast völligem Ausschluß des römischen Rechtes in der Art gestaltete, wie es in unser bürgerliches Recht aufgenommen wurde, hat den § 801 beseitigt und eine besondere Regelung über eine Stellvertretung beim Besitzerwerb nicht getroffen.

Man muß daher untersuchen, ob die Natur des Besitzrechtes es zuläßt, daß allgemeine Bestimmungen des B.G.B. über Stellvertretung auf den Besitzerwerb unmittelbar oder entsprechend anwendbar sind. Insbesondere ist zu erörtern, ob die Parteien eine Stellvertretung beim Erwerb des Besitzes durch Rechtsgeschäft vereinbaren können. In Betracht kommen die Vorschriften des Allgemeinen Teils der §§ 164 ff. Es bedarf keiner näheren Darlegung, daß die Vorschriften des Allgemeinen Teils des B.G.B. auf die anderen Bücher — hier das Sachenrecht — Anwendung finden, vorausgesetzt, daß deren Bestimmungen den allgemeinen Vorschriften zu unterstellen sind.

Der Begriff der Stellvertretung ist oben dargelegt. Nunmehr ist die Rechtsnatur des Besitzerwerbes nach seinen Voraussetzungen zu untersuchen, um daraus den Schluß ziehen zu können, ob eine Anwendung der Stellvertretungsgrundsätze auf den Besitzerwerb möglich ist.

Nach § 854 Abs. 1 wird der Besitz an einer Sache durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben[37]). Der Besitz ist — wie wir oben sahen — eine Tatsache. Bei wem diese Tatsache, die tatsächliche Gewalt, eingetreten ist, der hat Besitz. So geht es aus dem Wortlaut des § 854 Abs. I hervor. Es kommt also lediglich darauf an, daß die tatsächliche Gewalt äußerlich begründet ist. Ist das der Fall, so hat man Besitz, wobei es gleichgültig und ohne Bedeutung ist, ob man einen auf den Erwerb gerichteten Willen hatte oder nicht[38]).

---

[36]) Vgl. die Motive III. S. 86 ff.

[37]) Die §§ 854 Abs. II und 870 seien hier nicht behandelt, da in ihnen Sondervorschriften enthalten sind, die unten näher erörtert werden müssen.

[38]) Vgl. Strohal, Sachbes. S. 66; Aravantinos S. 125, 135.

Zum Erwerbe des Besitzes ist also ein darauf gerichteter Wille des Erwerbers nicht erforderlich. Dies ist eine in der Wissenschaft heiß umstrittene Frage, welche für uns deshalb besonders wichtig ist, weil die Zulässigkeit einer Stellvertretung beim Besitzerwerb im römischen Recht sich gerade auf das Willenserfordernis stützte[39]). Im heutigen Besitzrecht hat aber der Wille des Erwerbers jede maßgebende Bedeutung verloren[40]).

Hinsichtlich der Frage, ob ein Wille des Erwerbers erforderlich ist, finden wir schon in der Vorgeschichte unseres B.G.B. zwei Gegensätze. Der erste Entwurf hatte entsprechend dem römischen Recht das unbedingte Willenserfordernis aufgestellt. Die Kommission für die zweite Lesung änderte jedoch das Besitzrecht dahin, daß das Erfordernis des Willens nicht mehr unbedingte Voraussetzung war. Als Begründung dafür finden wir in den Protokollen: „es seien Fälle zu berücksichtigen, in denen eine Sache in den äußeren Machtbereich einer Person gelange, und in denen ein Erwerbswille nicht angenommen werden könne“[41]). Oder wir lesen: „Das Erfordernis des Willens sei für die Fälle bedenklich, in denen ein Erwerbswille nur mit Hilfe willkürlicher Annahmen und Fiktionen zu konstruieren sei“[42]). Wenn die Kommission aus diesen Gründen es vermieden hat, das Willensfordernis in § 854 Abs. I aufzustellen, so ist dies von erheblicher Bedeutung. Daraus aber, daß die Kommission das Willenserfordernis im Gesetz nicht zum Ausdruck gebracht hat, und in den Protokollen diese Frage gleichsam der Wissenschaft zu lösen überlassen hat, kann nicht etwa die Folgerung gezogen werden, daß es „der Wille des Gesetzgebers“ sei, dieses Erfordernis in den Wortlaut des § 854 Abs. I hineinzulegen.

Oft ist in der Wissenschaft die Behauptung zu finden: „man könne nicht sagen, daß jemand eine Sachgewalt begründen könne, der sie nicht begründen wolle“[43]). Dies trifft in der Regel insoweit zu, als der Besitzerwerb auf einer Handlung des Erwerbers beruht. Niemand nimmt eine Handlung vor, ohne daß er diese nicht will. Diese Lehre trifft aber schon in dem Falle auf Bedenken, in dem

---

[39]) Vgl. oben unter § 2.

[40]) Es stehen sich im wesentlichen zwei Gruppen gegenüber. Für die hier vertretene Ansicht sind anzuführen insbes.: Leonhard, Vertr. S. 69 ff; Strohal, Sachbes. S. 66 ff; Aravantinos S. 125; annähernd auch: Biermann zu § 854 und Männer, Sachenr. § 16. Anderer Ansicht sind: Wolff § 7, I, § 10; Kress S. 133 ff.; Bruns S. 56 ff.; Planck zu § 854; Sokolowski S. 292 ff.; Wendt in „Besitz und Besitzwille“; Jhering in Jher. Jahrb. Bd. 38 S. 397 ff.; Dernburg Sachenr. § 17; Manigk S. 654; Gierke § 115; Endemann § 34.

[41]) Vgl. Prot. III der 2. Komm. S. 33.

[42]) Vgl. Prot. III S. 30.

[43]) Vgl. Wolff § 10, II; Kress S. 133 u. a.

ein Willensunfähiger eine Handlung vornimmt. Wenn man einen entsprechenden Willen für jeden Fall einer Besitzbegründung fordert, so muß man zu der Folgerung kommen, daß ein Geisteskranker Besitz nicht erwerben kann, obwohl er die tatsächliche Gewalt erlangt. Es erhebt sich weiter die Frage, welches Maß von Willensfähigkeit man fordern soll. Die verschiedenen Meinungen in der Wissenschaft zeigen, wie schwer diese Frage zu beantworten ist. Der eine verlangt beschränkte Geschäftsfähigkeit, der andere einen gewissen Grad von Willensfähigkeit, der wohl bei einem Kind von sechs Jahren, nicht aber von sechs Monaten vorhanden sei. Der eine sagt, der Wille müsse ein rechtsgeschäftlicher sein, der andere verlangt einen natürlichen. Lehnt man das Willenserfordernis als Voraussetzung ab, so erübrigen sich alle diese Streit- und Zweifelsfragen. Man kommt dann zu einem den Anforderungen des Verkehrs ebenso gerechten Ergebnis, indem man darüber, wann im Einzelfall eine tatsächliche Herrschaft eingetreten ist, den Verkehrsanschauungen und -gebräuchen entsprechend den Richter entscheiden läßt, ohne dabei Untersuchungen über den Willen der Parteien anstellen zu müssen.

Planck[44]) will aus dem Worte „erlangt" in § 854 Abs. I das Willenserfordernis entnehmen. Er sagt: „der Mensch könne etwas bekommen und erhalten ohne sein Zutun, ein Erlangen sei aber nur bei einem darauf gerichteten Willen denkbar." Es geht aber nicht an, dem Worte „erlangen" diese Bedeutung beizumessen. Man sagt auch, daß der Mensch ein bestimmtes Alter „erlangt". Uebrigens ergibt sich aus der oben erörterten Entstehungsgeschichte des B.G.B., daß das Willenserfordernis im § 854 Abs. I absichtlich nicht ausgedrückt ist, mithin in dem Worte „erlangen" nicht enthalten sein kann.

Bruns[45]) folgert das Ergebnis des Besitzwillens aus der Einrichtung des Besitzschutzes. Ein Friedensbruch soll nur dann gegeben sein, wenn der Herrschaftswille beeinträchtigt ist. Darüber also, ob eine Besitzstörung vorliegt oder nicht, soll nur der Individualwille des Einzelnen entscheiden. Bei dieser Lehre ist aber übersehen, daß der Besitzschutz zur Aufrechterhaltung des allgemeinen Friedens, nicht in erster Linie dem Schutz des Einzelnen gilt. Es wäre willkürlich, es in jedem Falle auf den Willen des Einzelnen abzustellen. Maßgebend kann nur sein, ob durch den Eingriff in den Machtbereich eines Einzelnen der allgemeine Rechtsfriede gestört ist. In dem Sinne ist auch das Wort „ohne dessen Willen" im § 858 aufzufassen. Läge es in der Hand des Besitzers, willkürlich zu be-

[44]) Komm. zu § 854.
[45]) Vgl. S. 56/58.

stimmen, wann eine Störung seines Besitzes gegeben ist, so würde der mit dem Besitzschutz bezweckte Erfolg wesentlich an Bedeutung verlieren. Gegen die Ansicht von Bruns sei noch angeführt, daß der Besitzschutz aus dem römischen Recht übernommen worden ist, in dem der Wille maßgebend war. Unser Besitzbegriff stammt aber nicht — wie oben[46]) ausgeführt — aus dem römischen Recht. Eine Folgerung auf das gesamte Besitzrecht kann daher nicht aus der Aufnahme einer einzelnen römischrechtlichen Vorschrift gezogen werden. Deshalb ist es nicht richtig, aus der Einrichtung des Besitzschutzes das allgemeine Willenserfordernis zu entnehmen.

Kreß[47]) sagt, der Besitz trete nur ein, wenn er vom Verkehr anerkannt werde. Diese Anerkennung finde nur dann statt, wenn der Besitz gewollt sei. Wir werden im Gegensatz zu Kreß unten darlegen, daß auch der ungewollte Besitz vom Verkehr anerkannt wird. Hier sei gesagt, daß der Schutz nicht dem Willen dient — wie Kreß meint —, sondern allein die Tatsache des Besitzes geschützt wird[48]). Kreß sagt weiter, das Machtverhältnis — das nach unserer Ansicht allein den Besitz herstellt — beruhe auf tausend Zufälligkeiten und sei bedeutungslos, wenn nicht der Wille hinzukäme. Demgegenüber kann man nur erwidern, daß durch die Hervorhebung des Willens nicht nur der Willkür des Einzelnen freier Lauf gelassen wird, sondern auch der Beweis dieses Willens in noch größerem Maße auf Zufälligkeiten und bloßen Vermutungen beruht als der der tatsächlichen Gewalt, welche nach außen kenntlich ist[49]).

Kress[50]) und auch Wendt[51]) berufen sich darauf, daß der Besitz Grundlage von Verpflichtungen sei, welche nicht ohne einen darauf gerichteten Willen eintreten könnten, z. B. in den §§ 985, 1007 usw. Es gibt aber auch andere gesetzliche Verpflichtungen, die ohne einen darauf gerichteten Willen entstehen, z. B. die gesetzliche Unterhaltungspflicht. Außerdem steht regelmäßig nur eine Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung. Eine weitere Haftung wird mangels Bösgläubigkeit nicht stets eintreten. Wenn aber im Einzelfall doch eine Haftung eintritt, so ist dies im Hinblick auf den Verkehr erforderlich. Es ist sehr bedenklich, hier Billigkeitserwägungen anzustellen, welche in das Schuldrecht gehören.

Wenn man trotz dieser Erwägungen noch Zweifel haben könnte, so wird die Ablehnung des Willenserfordernisses eine unumgängliche Notwendigkeit für die Fälle, in denen beim Besitz-

---

[46]) Vgl. § 2, 2.
[47]) S. 113, 3.
[48]) Vgl. Aravantinos S. 127.
[49]) Vgl. Strohal, Sachbes. S. 74, 5.
[50]) S. 147.
[51]) S. 84.

erwerb eine Handlung des Erwerbes nicht vorliegt. Es ist allgemein, selbst von denen, die für das Willenserfordernis eintreten, anerkannt, daß der Besitzerwerb auch ohne eine Handlung des Erwerbers vor sich gehen kann[52]). Diese Fälle sind keine solchen Ausnahmen, die sich in der Aufstellung einzelner „widersprechender Fälle erschöpft" und durch die „große Grundzüge juristischer Behandlung" durchbrochen werden[53]). Es handelt sich vielmehr um häufige — wenn auch nicht regelmäßige — Fälle des täglichen Lebens, sodaß man bei der Aufstellung juristischer Grundsätze nicht an ihnen vorbei gehen kann. Sie als „vorübergehende Zustände, die keiner Berücksichtigung wert seien" bezeichnen[54]), hieße Grundzüge des Besitzrechtes schaffen, welche dem täglichen Leben nicht gerecht werden.

Es wäre müßig, hier alle möglichen Beispiele aufzählen zu wollen. Deshalb sei nur auf einige hingewiesen, die in der Wissenschaft besonders Gegenstand des Streites sind. So erwerben wir Besitz an Sachen, die in unserer Abwesenheit in unsere Wohnung gebracht werden, an fremden Papieren, die ohne unser Wissen und Wollen in unsere Brieftasche gesteckt werden und dergl. mehr. In allen solchen Fällen wird uns die tatsächliche Gewalt begründet, ohne daß wir einen darauf gerichteten Willen haben. Oder wollte man einen Besitzerwerb leugnen, wenn ein Freund, der uns ein Buch schenken will, dieses in unserer Abwesenheit ohne unser Wissen und Wollen in unseren Bücherschrank einstellt? Ein Eigentumserwerb könnte in diesem Falle doch nur gemäß § 929 Satz 2 eintreten, eben weil wir bereits Besitz erlangt haben.

Es ist ein solcher Besitzerwerb sogar gegen unseren Willen denkbar. Hier sagen einige Gegner, die den Willen nicht unbedingt für erforderlich halten, es sei unbillig, den Besitz wider Willen aufzudrängen. Infolgedessen müsse man in solchen Fällen den Willen fordern. Aber auch hier wird man sich dabei beruhigen müssen, daß der Besitzer die Möglichkeit hat, sich des Besitzes zu entledigen.

Selbst für diese Fälle des Besitzerwerbes verlangen einige Gegner der hier vertretenen Ansicht, insbesondere Kress[55]) und Wendt[56]), den Willen als unbedingte Voraussetzung des Erwerbes, obwohl eine Handlung nicht vorliegt. Anscheinend können doch auch sie den Besitzerwerb nicht leugnen. So mußte man den Begriff

---

[52]) Vgl. Kress S. 145; Bruns S. 60; Planck zu § 854; Männer § 16; Rosenberg S. 25; Biermann zu § 854; Manigk S. 655.
[53]) Vgl. Kress S. 147.
[54]) Wie: Wendt S. 84 ff. und Bruns S. 60.
[55]) S. 145.
[56]) S. 90.

des „allgemeinen, im voraus gefaßten Erwerbswillens“ aufstellen, bei dessen Vorhandensein eine äußerliche Betätigung nicht notwendig sein soll. Dieser Wille werde z. B. beim Einkauf von Sachen gefaßt, sodaß beim Ueberbringen derselben durch den Veräußerer eine Handlung und daher ein Wollen und Wissen des Erwerbers bei der Uebergabe nicht mehr nötig sein soll[57]). Aber wie soll die Entscheidung ausfallen, wenn nun andere als die gekauften Sachen abgeliefert werden? Durch die Uebergabe wird der Besitz begründet, obwohl ein dahingehender Wille des Erwerbers dann zweifellos nicht gegeben ist. Oder wie, wenn der Erwerber seinen im voraus gefaßten Willen inzwischen ändert? Dies wäre denkbar, denn bei dieser Lehre ist dem Willen doch freies Spiel gelassen. Man sagt ferner, der Erwerbswille könne auch gefaßt werden, nachdem die Sache bereits in den Machtbereit des Erwerbers gekommen sei. Aber dann ist eben die unumschränkte Einwirkungsmöglichkeit bereits hergestellt, der Besitz erworben, sodaß ein zustimmender oder gegenteiliger Wille nichts mehr an der Tatsache ändern könnte[58]).

In dem Beispiel Strohals[59]), in dem teils bestellte, teils fremde Bücher in unseren Bücherschrank ohne unser Wissen und Wollen eingestellt werden, kommt Kress zu dem Ergebnis, daß wir an den fremden Büchern kein Besitz erlangt hätten, da in diesem Falle hinsichtlich dieser Bücher der allgemeine Erwerbswille fehle. Obwohl ohne Zweifel uns die tatsächliche Gewalt auch über diese Bücher gegeben ist, leugnet Kress den Besitzerwerb. Die gleiche Entscheidung muß er folglich für den Fall treffen, daß ohne unser Wissen und Wollen fremde Papiere in unsere Brieftasche gesteckt werden. Es ist einleuchtend, daß diese Entscheidungen nicht der Verkehrsanschauung entsprechen können. Hieraus ergibt sich die Unhaltbarkeit der Lehre vom „allgemeinen, im voraus gefaßten Erwerbswillen“. Man läßt damit nicht nur der Willkür des Erwerbers freien Lauf und gefährdet erheblich den Verkehr, sondern erschwert dadurch den Beweis über Besitzverhältnisse. Es wird durch diese Lehre eine Verkehrsunsicherheit geschaffen, welche dem Grundsatz, daß hinsichtlich der Besitzfrage der Verkehr in erster Linie Schutz bedarf, keineswegs entspricht, wenn nicht dessen Durchführung unmöglich macht. Diese Lehre kann somit nicht dem Gesetz, insbesondere nicht dem § 854 Abs. I gerecht werden.

Bruns[60]), der sich auf die Lehre Wendts[61]) beruft, leugnet einen

---

[57]) Vgl. u. a. Kress S. 145.
[58]) Anderer Ansicht insbes. Wendt S. 92.
[59]) Vgl. S. 147.
[60]) Vgl. S. 60.
[61]) Vgl. „Besitz und Besitzwille“.

Besitzerwerb ohne Wissen und Wollen gänzlich. Er sagt, es handle sich nur um vorübergehende Fälle, die nicht der Berücksichtigung wert seien. Entweder erfolge, wenn der Erwerber Kenntnis erlange, die Besitznahme oder Dereliktion. Die Zwischenzeit sei eines Schutzes nicht bedürftig[62]). Dieser Lehre ist einerseits aus dem Grunde nicht beizutreten, weil diese Fälle — wie oben dargelegt — durchaus nicht so selten sind, wie Bruns sie hinstellt. Andererseits hatten wir oben bei der Erörterung der Lehre von Kress gezeigt, daß der bei der Kenntnis eintretende Wille, der sich nach Bruns in der Besitznahme oder Dereliktion ausdrücken soll, keine Bedeutung mehr hat. Denn die tatsächliche Möglichkeit der Beherrschung und damit der Besitz sind bereits vorher eingetreten.

Wenn Bruns[63]) in diesem Zusammenhang von Dereliktion spricht, so ist dies insoweit richtig, als der Erwerber, der wider seinen Willen Besitz erlangt hat, sich dessen wieder entledigen kann. Eine solche Besitzaufgabe setzt aber stets einen Besitzerwerb voraus. Nach Bruns müßte also der Erwerber den Besitz ergreifen, um sich dessen sofort wieder zu entledigen. Diese gekünstelte Auffassung ist nicht notwendig, wenn man — wie es dem Verkehr entspricht — den Besitz mit dem Augenblick der tatsächlichen Herrschaftsherstellung eintreten läßt und nicht erst, wenn der Erwerber auf den Gedanken kommt, den Willen dazu zu fassen.

Wie Bruns sagt, soll die „Zwischenzeit" bis zur Fassung des Besitzwillens nicht schutzbedürftig sein. Jedoch ist schon die Annahme einer solchen „Zwischenzeit" abzulehnen. Da der Tradent sich in allen derartigen Fällen zweifellos des Besitzes entledigt, müßte man in dieser „Zwischenzeit" einen Zustand der Besitzlosigkeit annehmen. Dies wäre aber für die zu erstrebende Klarheit der Besitzverhältnisse sehr hinderlich. Die Meinung Wendts, die auch Bruns vertritt, erklärt sich aus der Auffassung, daß der Besitzschutz von dem Willen des Besitzers abhängig sei. Sie ist deshalb aus den oben bereits dargelegten Gründen abzulehnen. Es zeigt sich auch hier wieder, zu welcher Willkür des Erwerbers und zu welcher Verkehrsunsicherheit diese Lehre führen muß.

Eine Art „Zwischenzeit" bis zur Fassung des Besitzwillens nimmt auch Wolff[64]) an, indem er dem Erwerber nur Gewahrsam zusprechen will. Dieser Unterschied zwischen Besitz und Gewahrsam, der wohl für das augenblicklich noch in Geltung befindliche Strafrecht von Bedeutung ist, kann hier eine Entscheidung nicht bringen, wenn man nicht überhaupt annehmen will, daß es diesen Unterschied nicht gibt. Denn in diesen Fällen hat der Tradent nicht

[62]) Vgl. Wendt S. 84.
[63]) In Uebereinstimmung mit Wendt S. 84.
[64]) Vgl. Sachenr. S. 29 Anm. 2.

mehr den Besitz an der Sache[65]), sondern hat diesen bereits gemäß § 856 aufgegeben. Man müßte demnach zu dem Ergebnis kommen, daß niemandem der Besitz an der Sache zustände, obwohl diese bereits in den Machtbereich des Empfängers gekommen ist. Dem ist aus den oben dargelegten Gründen nicht zuzustimmen.

Es muß noch auf eine gesetzliche Bestimmung eingegangen werden, welche von den Gegnern der hier vertretenen Ansicht als Beweis für das Erfordernis des Besitzwillens angeführt wird. Als Ausnahme von den obigen Grundsätzen hat das Gesetz unter Rücksichtnahme auf die Erleichterung des Verkehrs in § 867 eine besondere Bestimmung geschaffen. Ist eine Sache auf ein Grundstück gelangt, so tritt der Besitz erst ein, wenn der Inhaber des Grundstücks die Sache in Besitz genommen hat. Daraus können aber keinerlei Folgerungen für das Erfordernis des Willens gezogen werden. Denn § 867 bezieht sich nur auf solche Fälle, in denen der Besitzer eines Grundstücks zunächst noch nicht die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt hatte. Es ist also daraus nichts für den Fall zu folgern, in dem eine Gewalt ohne Erwerbswillen entstanden war.

Wir haben in den obigen Erörterungen nicht nur gezeigt, wie entbehrlich das Erfordernis des Willens beim Besitzerwerb ist, sondern auch dargelegt, daß man häufig nicht zu dem Ziele gelangen kann, welches der Verkehr erfordert, wenn man den Willen verlangt. Man kann daher nicht ein Erfordernis als unbedingtes aufstellen, wenn dieses nicht in jedem, mindestens nicht in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle, vorhanden ist. Die Wissenschaft, der die Entscheidung dieser Frage überlassen ist, darf sich nicht über die Anschauungen des Verkehrs hinwegsetzen. Auch sei auf die schwierige, oft praktisch unmögliche Beweisnahme über das Vorhandensein des Willens hingewiesen. Die Besitzverhältnisse müssen klar liegen, da sie für den Verkehr große Bedeutung haben. Man denke nur an die Klagen aus §§ 985 ff, 1007 usw., die Vermutung des § 1006. Klare Besitzverhältnisse kann man aber nur erreichen, wenn man dem Willen des Einzelnen keinerlei Bedeutung beimißt, sondern lediglich äußere objektive Merkmale, Tatsachen, entscheiden läßt. Man kann, um die Ansicht Biermanns[66]) aufzugreifen und zu ergänzen, sagen: der Wille ist kein selbständiges, der tatsächlichen Gewalt koordiniertes Erfordernis des Besitzerwerbes, sondern nur eine unter Umständen vorliegende Tatsache, welche aber auf den Besitzerwerb keinerlei maßgebenden Einfluß hat. Dieser tritt unabhängig von dem Willen des Erwerbers ein.

---

[65]) a. A. Wolff, der Besitz des Tradenten weiter annimmt.
[66]) Vgl. Erl. 3 zu § 854.

Aus den eingangs der Arbeit dargelegten Grundsätzen der Stellvertretung und dem Wortlaut der §§ 164 ff ist zu entnehmen, daß eine Stellvertretung nur bei dem Abschluß eines Rechtsgeschäftes, d. h. bei der Abgabe von Willenserklärungen, möglich ist[67]). Ein Rechtsgeschäft setzt stets eine oder mehrere Willenserklärungen voraus. Die Wirkungen dieser Erklärungen treten deshalb ein, weil sie von dem Handelnden gewollt sind. Dieser muß daher seinen Willen äußern, mit Hilfe der Rechtsordnung irgendwie einen Erfolg zu erreichen. Im Gegensatz dazu stehen die sogenannten Rechtshandlungen[68]). Die Wirkungen dieser Handlungen treten nicht deshalb ein, weil sie gewollt sind, sondern nur kraft Gesetzes. Der Wille ist bei ihnen bedeutungslos.

Es fragt sich, unter welche Art von Handlungen wir den Besitzerwerb einzugliedern haben[69]). So weit ein Erwerb ohne eine Handlung des Erwerbers eintritt, liegt die Beantwortung unserer Frage auf der Hand. Wenn nämlich der Erwerber nicht handelt, kann von ihm ein auf den Erfolg gerichteter Wille nicht gefaßt und damit eine Willenserklärung nicht abgegeben sein. Ein Rechtsgeschäft kommt daher nicht in Betracht, es kann nur eine Rechtshandlung vorliegen.

Wie ist nun zu entscheiden, wenn der Erwerber eine Handlung vornimmt? Wir hatten oben gesagt, daß man sich eine Handlung nicht denken kann, ohne daß der Handelnde durch einen inneren Beweggrund dazu veranlaßt wird. Wir hatten aber auch gesehen, daß dieser Wille für den Eintritt des Erfolges, den Besitzerwerb, ohne jede Bedeutung ist, der Besitz vielmehr dann eintritt, wenn die tatsächliche Gewalt begründet ist. Der Erfolg tritt also, falls die Voraussetzungen gegeben sind, nur deshalb ein, weil es das Gesetz so bestimmt. Allein dieser Umstand ist schon ein Beweis dafür, daß in dem Besitzerwerb nur eine Rechtshandlung gesehen werden kann.

Betrachten wir die Besitzerwerbshandlung weiter. Wohl liegt dieser Handlung ein Wille zu Grunde, den wir selbst als Gegner der Willenslehre nicht abstreiten können, da eben eine Handlung nicht anders denkbar ist. Aber dieser Wille wird nicht von dem Handelnden geäußert, um mit Hilfe der Rechtsordnung einen Erfolg zu erzielen. Dieser Wille offenbart sich — wie Aravantinos sagt[70])

---

[67]) Dies leugnet Dernburg (S. 470) zu unrecht, denn § 164 sagt ausdrücklich: „eine Willenserklärung usw."

[68]) „im engeren Sinne". Die Unrechtshandlungen können hier außer Erwähnung bleiben.

[69]) Es sei noch einmal darauf hingewiesen, daß die §§ 854 Abs. II und 870 an dieser Stelle nicht behandelt werden, da sie Sondervorschriften enthalten.

[70]) Vgl. S. 150.

— nicht neben der Tatsahe der Gewaltbegründung, sondern geht in derselben auf. Nicht einmal die Betätigung des Willens, geschweige denn die Erklärung, vermag den Erfolg herbeizuführen, sondern allein das Gesetz erhebt die Tatsache, das Vorliegen der tatsächlichen Gewalt, zum Besitz.

Das gilt nun auch für den abgeleiteten Besitzerwerb, den Erwerb von Hand zu Hand[71]). Denn auch dabei werden keine Willenserklärungen abgegeben, die darauf gerichtet sind, mit Hilfe der Rechtsordnung einen Erfolg herbeizuführen, sondern der Erfolg tritt kraft Gesetzes ein. Der Veräußerer legt die Sache bereit und gestattet das Hinnehmen, der Erwerber nimmt die Sache an sich. Beides sind nur rein tatsächliche Vorgänge. Anderer Ansicht ist Bruns[72]), der in jedem Falle des Besitzerwerbes eine Einigung annimmt. Es ergibt sich diese Lehre aus der Aufstellung des Willenserfordernisses, und ist schon aus diesem Grunde abzulehnen. Eher ist Manigk[73]) zuzustimmen, der „nur ein mit dem Willen des Vorbesitzers hergestelltes Gewaltverhältnis" in dem Vorgang sieht. Aber auch dagegen ist das Bedenken zu erheben, daß — wie oben ausgeführt — der Besitz etwas Reales, vom Willen nicht Abhängiges ist. Besser ist es, in jedem Falle des Besitzerwerbes — Ausnahmen werden wir unten zeigen — überhaupt nicht von einer Einigung zu sprechen, sondern es allein auf die Tatsachen abzustellen. Wir sehen also, daß sich der Besitzerwerb stets als eine Rechtshandlung darstellt, sei es, daß eine Handlung des Erwerbers vorliegt, sei es, daß der Besitz ohne Zutun des Erwerbers begründet wird[74]).

Nachdem nun die Rechtsnatur der Besitzerwerbshandlung untersucht ist, können wir leicht auf unsere Kernfrage, ob auf diese Erwerbshandlungen allgemein die Grundsätze über die Stellvertretung anwendbar sind, die Antwort geben. Da der Besitzerwerb stets eine Rechtshandlung ist und die Vorschriften des § 164 ff nur den Abschluß von Rechtsgeschäften betreffen, können wir diese Bestimmungen auf den Besitzerwerb grundsätzlich nicht anwenden[75]). Zwar ist auch für manche Rechtshandlungen, z. B. die Verarbeitung nach § 950, die Möglichkeit einer Stellvertretung anerkannt. Aber

---

[71]) Warum man die Zulässigkeit eines solchen Erwerbes leugnen und nur einen ursprünglichen Besitzerwerb zulassen soll, ist nicht einzusehen. Es sei auf die zutreffenden Ausführungen Strohals (Sachbes. S. 60 ff.) verwiesen.

[72]) Vgl. S. 73/76.

[73]) Vgl. Willenserkl. S. 655 ff., 691,

[74]) Vgl. Kress S. 226/227; Bruns S. 80; Aravantinos S. 149/150; Biermann Erl. 3 zu § 854; Leonhard S. 67; Strohal S. 70; Rosenberg S. 29; Staudinger Erl. 2 zu § 854.

[75]) Vgl. Bruns S. 88; Aravantinos S. 150; Rosenberg S. 28 ff.; Gierke § 115; Planck Erl. 3 zu § 854; Manigk S. 657; Leonhard S. 67. a. A. Endemann II S. 181 ff.; Kress S. 228; Dernburg S. 470.

auch darauf sind nicht ohne weiteres alle Vorschriften über die Vertretung beim Abschluß von Rechtsgeschäften anwendbar.

Gegen die Zulässigkeit der Besitzvertretung spricht aber besonders, daß sie sich mit der Grundauffassung des Besitzes nicht vereinbaren läßt. Die Zulässigkeit einer Stellvertretung im römischen Recht fußte auf der Unterscheidung zwischen Besitz und Detention und der für das römische Recht grundlegenden Voraussetzung des Besitzwillens. Nur wer den Willen hatte, für sich selbst zu besitzen, war Besitzer, nicht also der bloße Detentor, wie Mieter, Pächter usw. Diese Grundsätze des römischen Rechtes sind in unser bürgerliches Recht nicht übergegangen. Heute gilt der Satz, daß jeder Inhaber der tatsächlichen Gewalt auch Besitzer ist[76]). Daher folgt aus der Rechtsnatur unseres Besitzbegriffes, daß eine Stellvertretung grundsätzlich nicht möglich sein kann. Es ist nicht mehr der Mittelsperson — wie im römischen Recht — die Möglichkeit gegeben, den Herrn zum Besitzer und sich selbst zum bloßen Inhaber zu machen, denn der Besitzwille hat heute — wie wir sahen — keine Bedeutung mehr[77]). Der Mittler kann nach heutigem Recht nur allein unmittelbarer Besitzer werden, wodurch die Möglichkeit einer Stellvertretung, des Handelns mit unmittelbarer Wirkung für einen Dritten, entfällt. „Es ist nicht mehr möglich", sagt Leonhard, „eine Sache derart innezuhaben, daß ein anderer als Besitzer gilt." Vielmehr bedarf es grundsätzlich zum Besitzerwerb des anderen einer zweiten Uebergabe an diesen.

Die Frage, ob eine annaloge Anwendung der §§ 164 ff in Betracht kommen kann, wird unten zu behandeln sein. Zunächst sei noch auf einige gegenteilige Ansichten in der Wissenschaft eingegangen. Einer anderen Ansicht als der hier vertretenen ist Kress[79]), obwohl er zugibt, daß die §§ 164 ff nur im Falle eines Rechtsgeschäftes zutreffen und der Besitzerwerb stets eine Rechtshandlung ist. Kress will trotzdem die §§ 164 ff auf den Besitzerwerb anwenden. Als Begründung führt er den ersten Entwurf eines B.G.B an, der bekanntlich eine solche Stellvertretung ausdrücklich zugelassen hatte. Kress meint, gleich diesem Entwurf lasse auch das heute geltende Recht die Grundsätze der Stellvertretung als Ausnahme zu. Diese Lehre entbehrt der Grundlage. Gerade weil die Bestimmung des ersten Entwurfes nicht in das B.G.B. aufgenommen wurde, muß man das Gegenteil annehmen und die Zulässigkeit einer Stellvertretung bei dem Besitzerwerb grundsätzlich verneinen. Vor allem ist das Besitzrecht in der zweiten Lesung des B.G.B. von Grund auf

---

[76]) Von der Ausnahmebestimmung des § 855 hier einmal abgesehen.
[77]) Vgl. Leonhard § 26.
[78]) Vgl. S. 59.
[79]) Vgl. S. 228.

umgestaltet worden. Die fehlgehende Folgerung, die sich aus der Anwendung der §§ 164 ff auf die Besitzerwerbshandlung ergibt, gesteht Kress selbst zu. Er macht dafür den Gesetzgeber verantwortlich. Dies ist nicht richtig. Der Gesetzgeber hat eine Stellvertretung in den §§ 854 ff gar nicht erwähnt.

Kress führt als weiteren Grund an, daß die im Gesetz (§§ 855, 868) ausgedrückte natürliche Stellvertretung im Besitzerwerb völlig unzureichend sei[80]). Er führt den Besitzerwerb der geschäftsunfähigen, der juristischen Personen, den Eigentumserwerb an, um zu zeigen, daß eine rechtsgeschäftliche Stellvertretung beim Besitzerwerb unentbehrlich sei. Wie sich in diesen Fällen der Erwerb des Besitzes vollzieht, kann hier noch nicht erörtert werden, da vordem grundsätzliche Fragen zu behandeln sind. Es sei zur Ablehnung der Lehre von Kreß nur gesagt, daß die Bestimmungen des B.G.B., insbesondere die §§ 855 und 868, ausreichend sind, um den Besitzerwerb in allen Fällen eintreten zu lassen, in denen eine dritte Person für den Erwerber handelt oder handeln muß.

Kress[81]) mußte bei seiner Lehre notwendig zu dem Ergebnis kommen, daß der „Vertreter" den Verkehrsbesitz, der „Vertretene" lediglich die Rechtsstellung eines Besitzers erlangt[82]). Kress sagt[83]), dies sei unvermeidbar, da eine natürliche Handlung vorliege, der Vertreter aber nicht zum Besitzdiener degradiert werden könne. Darin ist ihm nur zuzustimmen. Aber man muß im Gegensatz zu Kress daraus die Folgerung ziehen, daß eine wahre Stellvertretung beim Besitzerwerb grundsätzlich nicht möglich sein kann.

Es sei in diesem Zusammenhang noch auf eine andere Meinung eingegangen, welche Bruns vertritt[84]). Bruns bezieht sich auf die Eigentumsübertragung und sagt, daß eine Stellvertretung bei der Uebergabe, d. h. der Einräumung des unmittelbaren Besitzes, unvermeidbar sei. Er kommt zu dem Ergebnis, daß der Vertreter unmittelbaren Besitz, aber nicht als eigenen, und der Vertreter den mittelbaren Besitz erlangt. Er sagt weiter, darin unterscheide sich die Vertretung beim Besitzerwerb von der eigentlichen Stellvertretung, daß sie neben der unmittelbaren Wirkung für den Vertretenen eine „Zwischenwirkung" bei dem Vertreter hervorrufe. Dieser nehme so an dem Geschäft, wenn auch untergeordnet, teil. Aber gerade aus dieser Wirkung, die das Handeln eines Dritten beim Besitzerwerb wegen der Rechtsnatur unseres Besitzes notwendig

---

[80]) Es sei später darauf eingegangen, ob in diesen Fällen eine natürliche Stellvertretung vorliegt.

[81]) Vgl. S. 334.

[82]) Vgl. die Ausführungen am Anfang dieses Abschnittes über den ersten Entwurf des BBB.

[83]) Vgl. S. 143.

[84]) Vgl. S. 89.

hervorbringen muß, ist zu folgern, daß von einer Stellvertretung im eingangs dargelegten Sinne nicht die Rede sein kann. Es widerspricht den Grundsätzen der Stellvertretung, daß die Wirkungen des Handelns nicht nur in der Person des Vertretenen, sondern in noch stärkerem Maße gleichzeitig in der Person des Vertreters eintreten. Aus diesem Grunde, wie Bruns meint, einen Eigentumserwerb durch sozial unabhängige Personen überhaupt leugnen zu müssen, entspricht nicht den Tatsachen[85]). Denn soweit nicht bei dem Eigentumserwerb[86]) für einen andern sozial abhängige Personen, sogenannte Besitzdiener, tätig sind, kommen im Verkehrsleben nur Personen in Betracht, die als Beauftragte, als Geschäftsführer ohne Auftrag oder auf Grund eines ähnlichen Verhältnisses handeln. Es wird unten noch darauf einzugehen sein, daß diese sozial unabhängigen Personen für uns Besitz erwerben können, jedoch nicht als Vertreter gemäß den Grundsätzen der §§ 164 ff.

Aus allen diesen Erörterungen ergibt sich somit die Schlußfolgerung, daß eine Stellvertretung bei dem Erwerbe des Besitzes grundsätzlich nicht zulässig und daher eine unmittelbare Anwendung der §§ 164 ff. auf den Besitzerwerb nicht möglich ist.

Diese Lösung entspricht auch dem praktischen Bedürfnis. Denn dadurch, daß der Mittler stets selbst erst unmittelbaren Besitz erwirbt, ist ihm ein Schutz gegeben. Er kann das Zurückbehaltungsrecht des § 273 ausüben. Diese Möglichkeit hätte er nicht, wenn der Andere unmittelbar Besitzer würde, wie wir es im Falle des § 855 sehen werden. Ferner hat der Mittler so die Möglichkeit, die Besitzschutzklagen selbst anzustrengen, die dem Auftraggeber oft nichts mehr helfen würden, z. B. bei großen Entfernungen von der Sache. Auch einen Schutz für Dritte kann man insofern darin enthalten sehen, als diese Klagen, welche sich auf den Besitz gründen, z. B. die aus §§ 985 ff., 1007, auch gegen den Mittler gerichtet werden können.

Es bleibt noch zu untersuchen, ob eine analoge Anwendung der §§ 164 ff. allgemein auf den Besitzerwerb in Betracht kommen kann[87]). Voraussetzung einer analogen Anwendung ist stets, daß die Gesetzesbestimmung, zu welcher der Analogieschluß gezogen werden soll, so geartet ist, daß die Bestimmung, welche eine entsprechende Anwendung erfahren soll, nicht in ihrem Wesen und

---

[85]) Vgl. auch Strohal, Sachbes. S. 71.

[86]) Gemeint ist die zur Eigentumsübertragung notwendige Uebergabe.

[87]) Es seien auch hier die Ausnahmevorschriften der §§ 854 Abs. II, 855, 868, 870 nicht behandelt, da diese einer besonderen Erörterung bedürfen.

ihrer Grundlage verändert wird. Die beiden Gesetzesbestimmungen müssen also in den grundlegenden Voraussetzungen rechtlich ähnlich sein.

Wir hatten festgestellt, daß der Besitzerwerb stets eine Rechtshandlung ist. Es ist ferner dargelegt, daß ein Erwerb mit unmittelbarer Wirkung für einen Anderen in der Weise, daß die Wirkungen allein in der Person des Anderen eintreten, wegen der Rechtsnatur des Besitzes nicht möglich ist, sondern stets eine zweite Uebertragung an den Anderen erfolgen muß. Diese Gründe lassen erkennen, daß eine Rechtsähnlichkeit zwischen der eingangs der Arbeit behandelten Stellvertretung und dem Besitzerwerb für einen Dritten grundsätzlich nicht besteht. Eine Analogie kann daher allgemein nicht zugelassen werden.

Dagegen vertritt Przibilla[88]) die Ansicht, daß eine analoge Anwendung der Grundsätze einer Stellvertretung in allen Fällen des Besitzerwerbes zugelassen werden müsse. Er sagt, wenn im Falle des § 854 Abs. II eine Stellvertretung zulässig sei, so müsse diese auch für den Erwerb nach Abs. I des § 854 gelten. Jedoch sind die Tatbestände des § 854 durchaus nicht „fast völlig gleich", wie Przibilla meint. Es liegen vielmehr — wie wir noch sehen werden — beiden Tatbeständen andere Voraussetzungen insofern zu Grunde, als im Abs. II der Grundsatz der tatsächlichen Herrschaftsergreifung wesentlich abgeschwächt und an dessen Stelle die Einigung der Parteien getreten ist. Der rechtliche Vorgang, der sich bei einer Besitzübertragung gemäß Abs. II des § 854 abspielt, ist wesentlich anderer Natur als der nach Abs. I. Man kann also nicht sagen, daß die §§ 164 ff. aus dem Grunde auf den Besitzerwerb allgemein angewandt werden können, weil sie auf Abs. II des § 854 zutreffen[89]).

Aber nicht nur mangels der Voraussetzungen kann eine Analogie hier nicht in Betracht kommen, sondern auch ein anderer Umstand spricht dagegen. Während § 854 Abs. I den Besitzerwerb im allgemeinen regelt, finden wir in den §§ 854 Abs. II, 855, 868, 870 Bestimmungen, in welchen wir teils nach ihrem Inhalt, teils nach Anwendung der allgemeinen Vorschriften besondere Regeln mit besonderen Voraussetzungen für den Besitzerwerb durch Dritte feststellen werden. Es erübrigt sich daher der Versuch, Analogieschlüsse auf die allgemeine Vorschrift des Besitzerwerbes zu ziehen.

---

[88]) Vgl. S. 328—330; für eine Analogie auch: **Oertmann, Allg. T.** S. 504—505; Dernburg, Allg. Lehren S. 470. **Dagegen u. a.: Manigk S. 656,** 694, Bruns S. 85; Enneccerus II, 1 § 194; **Thur S. 399.**

[89]) **Es sei im übrigen auf den § 4 der Arbeit verwiesen.**

§ 4. Stellvertretung bei dem Besitzerwerb gemäß § 854 Abs. II.

Bisher war die Frage erörtert worden, ob eine Stellvertretung bei dem Besitzerwerb nach dem bürgerlichen Recht im allgemeinen zulässig ist. In den folgenden Erörterungen haben wir nun diese Frage bei den Fällen des Besitzerwerbes zu behandeln, für die unser Bürgerliches Gesetzbuch Sondervorschriften enthält. Es sei zunächst der Besitzerwerb gemäß § 854 Abs. II daraufhin untersucht.

Da die Zulässigkeit einer Stellvertretung nicht erwähnt ist, muß geprüft werden, ob die allein in Betracht kommenden Vorschriften der §§ 164 ff. zur Anwendung kommen können. Nach § 854 Abs. II genügt zum Erwerbe des Besitzes die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers, wenn letzterer in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Als allgemeiner Grundsatz für den Erwerb des Besitzes war oben die Erlangung der tatsächlichen Gewalt festgestellt worden. In dem hier zu behandelnden Falle des Besitzerwerbes ist unter Abweichung von diesem Grundsatz das körperliche Erfordernis stark in den Hintergrund getreten. Der Erwerber muß lediglich in der Lage sein, die Gewalt ausüben zu können. Er braucht die tatsächliche Gewalt noch nicht zu haben, aber der unmittelbaren Ausübung derselben darf — wie Draganesco sagt[90]) — kein Hindernis im Wege stehen. Letzteres wäre der Fall, wenn z. B. der Besitz trotz der Einigungserklärung des Tradenten tatsächlich bei diesem verbleiben würde. Das Gleiche ist dann anzunehmen, wenn ein Dritter im Besitz der Sache ist. Denn dadurch wäre dem Erwerber die Möglichkeit, die Gewalt über die Sache anzutreten, nicht gegeben[91]).

Eine tatsächliche körperliche Ergreifung der Gewalt wird also im Gegensatz zu § 854 Abs. I nicht gefordert. Aus diesem Grunde findet diese Art des Besitzerwerbes vorwiegend im Grundstücksverkehr Anwendung. Denn nach der Anschauung des Verkehrs stehen Grundstücke nicht immer in einem so festen körperlichen Verhältnis zu ihrem Besitzer, wie es bei beweglichen Sachen notwendig ist. Bei Grundstücken kann sich daher der Besitzwechsel ohne weiteres nach § 854 Abs. II vollziehen, während bei beweglichen Sachen das körperliche Verhältnis des „bisherigen Besitzers" tatsächlich gelöst werden muß, damit der Erwerber in die Lage kommt, die Gewalt darüber ausüben zu können. Wir sehen daraus, wie hier der Grundsatz der Begründung der tatsächlichen Gewalt als Voraussetzung des Besitzerwerbes gegenüber dem nach § 854 Abs. I abgeschwächt ist.

Als Ausgleich dafür ist die Einigung der Parteien gefordert, welche genügend ist, um die bloße Möglichkeit der Gewaltausübung

---

[90]) Vgl. S. 72.
[91]) Vgl. Strohal, Sachbes. S. 84.

zum Besitz zu erheben. Wir haben nun auf die Rechtsnatur der Einigung einzugehen, da diese für unsere Frage, ob eine Stellvertretung zulässig ist, von großer Bedeutung ist.

Oben[92]) war erläutert, daß bei dem Besitzerwerb von Hand zu Hand gemäß § 854 Abs. I nicht eine Einigung der Parteien, sondern lediglich ein tatsächlicher Vorgang stattfindet. Unter einer Einigung im Sinne des Abs. II des § 854 werden wir die übereinstimmenden Erklärungen des Veräußerers, den Besitz auf den Erwerber übertragen zu wollen, des Erwerbers, den Besitz übernehmen zu wollen, zu verstehen haben. Es ist dieser Vorgang entsprechend den im Sachenrecht vorkommenden Einigungen, z. B. in den §§ 929, 873, zu behandeln. Diese Einigung hat nach dem Willen der Parteien den Zweck, mit Hilfe der Rechtsordnung einen Erfolg, nämlich die Uebertragung des Besitzes, zu erreichen. Denn durch die Zurückdrängung des Gewalterfordernisses müssen es nunmehr die übereinstimmenden Erklärungen der Parteien sein, welche bei bloßer Möglichkeit der Gewaltausübung durch den Erwerber den Besitzübergang herbeiführen[93]). — Aus dem Zusammenhang ist zu entnehmen, daß es sich um eine Einigung über den Besitzübergang handelt. — Der Erfolg tritt hier nicht allein auf Grund des Gesetzes ein, wie bei dem Erwerb gemäß § 854 Abs. I, sondern weil er von den Parteien gewollt ist. Wir haben es also bei dem Besitzerwerb nach Abs. II des § 854 nicht mit einer Rechtshandlung, sondern mit einem Rechtsgeschäft zu tun[94]). Da diese Einigung aus übereinstimmenden Willenserklärungen rechtsgeschäftlicher Art besteht, können wir weiter folgern, daß die Einigung ein Vertrag ist[95]). Sie ist gleicher Rechtsnatur wie die nach § 929 zur Uebertragung des Eigentums erforderliche Einigung. Im Verkehr fallen daher beide äußerlich oft zusammen, sind aber streng voneinander zu trennen.

Wir haben in diesem Zusammenhang noch auf abweichende Ansichten in der Wissenschaft einzugehen. Bruns[96]) will infolge seiner Lehre, daß jeder Besitzübertragung eine „Einigung" zu Grunde liegt, hier nur eine „Art Vertrag" annehmen. Er gibt zu, daß in diesem Falle der Einigung eine wesentlich andere Bedeutung zukommt, als bei der von ihm auch in allgemeinen Fällen angenommenen „Einigung". Er sagt ferner, es sei hier nicht bloßer Beweggrund des Tradenten oder die Erklärung, daß die Besitznahme durch den Erwerber keine verbotene Eigenmacht sei, sondern in

---

[92]) Vgl. S. 17

[93]) Vgl. Strohal, Sachbes. S. 81 ff., Last S. 73/74.

[94]) Vgl. im übrigen die obigen Ausführungen S. 17

[95]) So: Wolff § 11, II, § 66, I; Draganesco S. 72; Last S. 73/74; Przibilla S. 326, Strohal S. 81 ff.; Leonhard S. 58, R.G.R.K. zu § 854, a. A.: Kress S. 317/19.

[96]) Vgl. S. 91 ff.

dieser Erklärung liege eine stärkere Wirkung. Wenn Bruns aber zugibt, daß der Wille der Parteien erklärt wird und diesem eine bedeutend andere Kraft inne ist als im Fall des § 854 Abs. I, so kann er nicht nur von einer „Art Vertrag" sprechen. Wir haben oben den Gegensatz zwischen der Besitzübertragung gemäß dem Abs. II des § 854 und dem allgemeinen Falle des Abs. I erläutert und dabei gesehen, daß die Einigung in Abs. II sich nicht nur einem Vertrage nähert, wie Bruns annehmen will, sondern ein regelrechter Vertrag ist. Wenn das Gesetz einerseits von einer Einigung spricht, andererseits aber einen Besitzwillen zum Erwerbe nicht erfordert, so kann hier eben nicht bloß eine „Einigung im Besitzwillen" vorliegen, sondern diese muß anderer, nämlich rechtsgeschäftlicher Natur sein.

Kress[97]) leugnet völlig, daß diese Einigung ein Rechtsgeschäft ist. Er begründet seine Ansicht damit, daß gemäß der geschichtlichen Entwicklung lediglich die Verkehrsanschauung die Einigung geschaffen habe. Der unmittelbare Verkehrsbesitz werde nur deshalb im Einzelfalle übertragen, weil der Verkehr es anerkenne. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Einigung nicht nur die Grundlage des Besitzerwerbes gemäß § 854 Abs. II ist, ohne daß dadurch der Verkehrsbesitz übertragen würde, sondern durch die Einigung wird unmittelbar der Besitz übertragen[98]). Die Sachlage vor der Einigung ist eine andere als nachher, denn der bisherige Besitzer hat den Besitz verloren, der Erwerber diesen erlangt. Wohl erklärt sich dieser Vorgang aus der Auffassung des Verkehrs. Diese geht aber dahin, eine erleichterte Besitzübertragung zu schaffen, indem das Erfordernis der körperlichen Herrschaftsergreifung zurückgetreten und dafür die Einigung in den Vordergrund gerückt ist. Der Wille der Parteien führt mit Hilfe der Rechtsordnung den Besitzübergang herbei, nicht die Anerkennung durch den Verkehr.

Es liegt dabei nicht ein ursprünglicher, sondern ein abgeleiteter Besitzerwerb vor. Dies geht aus dem oben angeführten Erfordernis hervor, daß der Tradent „bisheriger Besitzer" sein muß. Der Besitz wird also von einer auf die andere Person übertragen[99]). Die Einigung ist auch eine selbständige Voraussetzung des Besitzerwerbes. An sie knüpfen sich die Rechtsfolgen, falls daneben die Möglichkeit der Gewaltausübung für den Erwerber vorhanden ist. Aravantinos[100]) vergleicht die Einigung mit dem von den Gegnern der hier vertretenen Ansicht angenommenen Willenerfordernis des Besitzerwerbes. Er will daran zeigen, daß sie nur eine Voraussetzung des Gewaltcharakters ist. Die Rechtsfolgen sollen sich nur

[97]) Vgl. S. 316.
[98]) Vgl. Wolff § 11 II; Munscheid S. 73/74.
[99]) Vgl. Strohal S. 84; Wolff § 11, II.
[100]) Vgl. S. 154.

an die tatsächliche Gewalt knüpfen, und der Erwerb daher ein ursprünglicher sein. Aber gerade durch die Hervorhebung der Einigung im Gegensatz zu dem stark zurückgetretenen Gewaltverhältnis ist ausgedrückt, daß die Rechtsfolgen durch die Einigung hervorgebracht werden sollen. Nicht das Gesetz führt in diesem Falle den Erfolg allein herbei, sondern der Wille der Parteien mit Hilfe des Gesetzes. Es kann mithin nur ein abgeleiteter Erwerb in Betracht kommen.

Dieser Streit, ob abgeleiteter oder ursprünglicher Erwerb vorliegt, ist für uns insofern von keiner wesentlichen Bedeutung, als allgemein auch von den Gegnern die Anwendung der Vorschrift über Rechtsgeschäfte des B.G.B. auf den Abs. II des § 854 zugelassen wird. Wir können daher feststellen, daß die Vorschriften über die Stellvertretung der §§ 164 ff. hier unmittelbar zur Anwendung kommen können, da die Einigung, welche den Besitzübergang herbeiführt, ein Vertrag ist[101]). Ebenso wird man eine machtlose Vertretung mit nachdrücklicher Genehmigung nicht ablehnen können[102]).

Es bleibt noch zu untersuchen, welche Voraussetzungen für eine Stellvertretung bei dem Besitzerwerb gemäß § 854 Abs. II erforderlich sind. Da die §§ 164 ff. unmittelbar zur Anwendung kommen, kann eine Vertretung des Veräußerers wie des Erwerbers stattfinden. Die durch einen Vertreter des Erwerbers in dessen Namen abgeschlossene Einigung bewirkt jedoch noch nicht den Besitzübergang, wenn nicht eine sich aus dem Besitzrecht ergebende Grundlage vorhanden ist. Diese ist darin zu sehen, daß nach dem Gesetz der Erwerber in der Lage sein muß, die tatsächliche Gewalt auszuüben. Es ergibt sich somit, daß hier die Grundsätze des Besitzrechtes, wenn auch stark zurückgetreten, so doch nicht völlig ausgeschieden sind. Wir dürfen daher die besonderen Regeln des Besitzrechtes trotz der Annahme einer Stellvertretung nicht außer acht lassen. Oben war dargelegt, daß eine Vertretung beim Erwerbe der tatsächlichen Gewalt grundsätzlich nicht möglich ist, denn es ist eben nach unserm Recht nicht denkbar, daß der Besitzer nicht zugleich auch die tatsächliche Gewalt innehat. Das Gleiche muß füglich auch für die bloße Möglichkeit der Gewaltausübung gelten. Wäre der Erwerber nicht in der Lage, die Gewalt auszuüben, so hätte die Erklärung, welche sein Vertreter bei

---

[101]) Vgl. Wolff § 13, I; Draganesco S. 72, 75; Munscheid S. 34; Przibilla S. 326; Aravantinos S. 155; Strohal S. 84; Bruns S. 94; Prot. d. K. f. d. 2. Les. Bd. II. S. 33; abweichend: Kress, der eine Vertretung nur nach Besitzgrundsätzen zuläßt, aber infolge seiner oben dargelegten Lehre zu dem gleichen Ergebnis kommt.

[102]) Vgl. Wolff § 13, II, § 130, I.

der Einigung in seinem Namen abgibt, keinerlei Wirkungen für den Besitzerwerb. Hat wiederum der Vertreter die Möglichkeit der Gewaltausübung, während sie dem Vertretenen ermangelt, so kann letzterem der Besitz gemäß § 854 Abs. II nicht erworben werden. Der Erwerb könnte dann nur nach den §§ 855 oder 868 eintreten. Die Stellvertretung kann mithin nur bei dem Abschluß der Einigung stattfinden, während die Möglichkeit der Gewaltausübung in der Person des Vertretenen erfüllt sein muß[103]). Andererseits ist es auch notwendig, daß der Tradent zur Zeit der Einigung Besitzer ist.

Da alle Vorschriften des B.G.B. über Rechtsgeschäfte Anwendung finden, kann der Erwerb nicht eintreten, wenn die Einigung aus irgend einem Grunde, z. B. wegen Scheingeschäfts, nichtig ist. Auch die Bestimmungen über Anfechtung, z. B. die §§ 119, 123, sind zu beachten[104]). Aus der rechtsgeschäftlichen Natur der Einigung folgt ferner, daß die Parteien geschäftsfähig sein müssen, wobei dem Erwerber der § 107 zugute käme. Dem steht nicht entgegen, daß es sich um einen Besitzerwerb handelt[105]). Denn die Besitzregeln können ausschließlich nur da Anwendung finden, wo typische reine Besitzerwerbsfälle vorliegen, d. h. nur bei Rechtshandlungen in dem oben erörterten Sinne[106]). Wo aber ein Rechtsgeschäft den Besitzübergang bewirkt, da muß man auch alle Voraussetzungen dafür erfordern[107]). Dies abgesehen davon, daß der Erwerb des Besitzes gemäß § 854 Abs. II selten allein vorkommen wird, sondern meist nur als Klausel eines Grundgeschäftes, z. B. bei der Eigentumsübertragung an Grundstücken. Dort ist stets Geschäftsfähigkeit erforderlich. Verlangt man aber keine Geschäftsfähigkeit, so ist der Unterschied zwischen der Besitzübertragung gemäß Abs. II und der gemäß Abs. I des § 854 wesentlich erschwert. Man könnte leicht in den Fehler verfallen, auch bei der Uebertragung nach Abs. I eine Einigung anzunehmen, da dann eben eine merkliche Unterscheidung nicht bestände. Dies ist aber mit Rücksicht darauf, daß sich nach § 854 Abs. II die Rechtswirkungen an die Einigung knüpfen, abzulehnen.

Ist nun die Einigung nichtig, so kann ein Besitzerwerb stets noch gemäß Abs. I des § 854 eintreten, wenn nämlich der Erwerber die tatsächliche Gewalt erlangt hat. Der Erfolg tritt dann wiederum kraft Gesetzes (Rechtshandlung) ein, nicht weil er von den Parteien gewollt ist. Wir sehen hieran besonders, eine wie scharfe Trennung

---

[103]) Vgl. Leonhard S. 59; Przibilla S. 326; Strohal S. 84, Bruns S. 94; Munscheid S. 34.

[104]) Vgl. Wolff § 11, II; Last S. 73/74; Bruns S. 93; Strohal S. 82.

[105]) a. Ansicht: Manigk S. 691 ff.; Kress S. 316; Bruns S. 19 ff.

[106]) Vgl. oben S.

[107]) Vgl. Wolff § 11, II; Strohal S. 81 ff.

zwischen den beiden Tatbeständen des § 854 vorgenommen, und welche Bedeutung der Einigung in Abs. II zuerkannt werden muß.

Ist also der Erwerber in der Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben, so kann er sich beim Abschluß der Einigung eines Vertreters bedienen. Er erwirbt dann den Besitz unmittelbar, z. B. der Anwalt, der bei der Auflassung den Grundstückskäufer vertritt, erwirbt diesem den Besitz. Dabei ist nicht stets erforderlich, daß der Vertreter ausdrücklich im Namen des Vertretenen handelt[108]). Denn der Vertretene muß die Möglichkeit der Gewaltausübung haben, und diese wird sich aus den Umständen ergeben oder den Parteien bekannt sein. Auch das der Einigung zu Grunde liegende Kausalverhältnis wird einen Hinweis für die Richtung des Erwerbes geben, falls der Vertreter eine dementsprechende Erklärung nicht abgegeben hat. Es ist dies wieder ein Merkmal des Besitzrechts.

§ 5. Vertretung beim Erwerbe des Besitzes durch Besitzdiener gemäß § 855.

Wir hatten klargestellt, daß nach dem Rechte unseres B.G.B. eine Stellvertretung bei dem Besitzerwerbe deshalb grundsätzlich nicht möglich sein kann, weil unser Recht einen Unterschied zwischen Besitz und bloßer Innehabung nicht kennt. Heute ist jeder Inhaber der tatsächlichen Gewalt auch Besitzer. Bei einem Erwerbe des Besitzes für einen Dritten mußte daher stets der Erwerber zunächst den unmittelbaren Besitz erwerben, um diesen dann auf den Dritten weiterzuübertragen. Eine Handlung mit unmittelbarer Wirkung für einen Dritten gibt es — wie wir sahen — grundsätzlich bei dem Besitzerwerb nicht.

Von diesem Grundsatz ist in § 855 eine mit Rücksicht auf den Verkehr sehr berechtigte Ausnahme getroffen:

> „Uebt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen andern in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der Andere Besitzer."

Hier ist also einer Person, welche die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt, der Besitz vom Gesetz abgesprochen und einer andern Person zuerkannt. Alles, was ein Besitzdiener — so werden diese Personen allgemein bezeichnet — im Rahmen seiner Abhängigkeit zu dem Herrn in seiner tatsächlichen Gewalt hat, steht nur im Besitz dessen, für den er die Gewalt ausübt, des Herrn. Daraus ergibt sich, daß hier eine Ausnahmevorschrift gegenüber dem allgemeinen Besitzbegriff, den wir oben[109]) bei Behandlung des § 854 erläuterten, geschaffen ist. Dies ist in der Wissenschaft, besonders

---

[108]) Vgl. Bruns S. 95.
[109]) Vgl. S. 19

von Endemann[110]), bestritten worden. Man will in der Bestimmung des § 855 lediglich eine Ergänzung des § 854 entsprechend den Lebensverhältnissen sehen, da der Grundsatz der tatsächlichen Gewalt gewahrt bleibe. Letzteres ist aber gerade nicht der Fall. Denn, obwohl der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt hat, und der Herr oft gar nicht in einem körperlichen Verhältnis zu der Sache steht, gilt der Herr doch als Besitzer. Das tatsächliche Verhältnis des Herrn zu der Sache ist durchaus nicht immer so geartet, daß dieser eine unumschränkte Einwirkungsmöglichkeit hat. Trotzdem gilt dieser als Besitzer, nur weil der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt über die Sache gemäß seinen Weisungen ausübt. Die Annahme einer Ausnahmevorschrift ist daher gerechtfertigt[111]). Dies ist wohl mit Rücksicht auf den Verkehr im Gesetz ausgedrückt worden. Denn es gibt im Verkehr nicht nur selbständige Inhaber, sondern unselbständige Inhaber der tatsächlichen Gewalt sind im täglichen Leben unentbehrlich. Die Ausnahme, welche hier getroffen ist, läßt sich leicht durch einen Vergleich mit dem römischen Recht feststellen. Dort nämlich bestanden solche Besitzverhältnisse als fast grundsätzliche — man denke nur an die Sklaven usw. —, heute, wo jeder Inhaber auch Besitzer ist, sind dies eben Ausnahmen.

Uebt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache innerhalb eines der in § 855 bezeichneten Abhängigkeitsverhältnisses aus, so ist nur der andere Besitzer, dessen Weisungen er zu folgen hat. Daraus ergibt sich die Folgerung, daß alles, was der Besitzdiener innerhalb eines solchen Abhängigkeitsverhältnisses erwirbt, unmittelbar in den Besitz des Herrn übergeht. Wir haben also einen Besitzerwerb durch eine Mittelsperson mit unmittelbarer Wirkung für den Erwerber, ohne daß diese zunächst in der Person des Mittlers eintritt. Dieser Vorgang entspricht dem einer Vertretung bei Vornahme einer rechtlich erheblichen Handlung. Ehe jedoch die Schlußfolgerung für unsere Arbeit daraus gezogen wird, muß auf die Voraussetzungen des Besitzerwerbes durch einen Besitzdiener eingegangen werden.

Nach dem Gesetz gilt derjenige als Besitzdiener, welcher im Haushalt, Erwerbsgeschäft eines anderen oder in einem ähnlichen Verhältnis die tatsächliche Gewalt für diesen ausübt. Dadurch, daß der Gewaltausübende auch in einem dem Haushalt oder Erwerbsgeschäft ähnlichen Verhältnis zu dem Andern stehen kann, kommt zum Ausdruck, daß eine abschließende Aufzählung nicht getroffen ist. Es sind vielmehr nur Beispiele gegeben, welcher Art diese Verhältnisse sein müssen. Die Art dieser aufgezählten Beispiele läßt ersehen,

---

[110]) Vgl. Bd. II S. 168.

[111]) Vgl. Leonhard S. 63; Strohal S. 5 ff; Isay S. 264/265 Heinrichs S. 39, Munscheid S. 36.

daß nicht lediglich ein schuldrechtliches Verhältnis wie Dienstvertrag u. dergl. gemeint ist, sondern allgemein ein Verhältnis, das im sozialen Leben begründet ist. Gemeint ist ein Abhängigkeitsverhältnis, welches eine den Anschauungen der Gesellschaft und des Verkehrs entsprechende Unterordnung unter die Befehlsgewalt eines andern darstellt. Es müssen sich — wie Leonhard sagt[112]) — „das Befehlsrecht des Herrn und die entsprechende Gehorsamspflicht des Dieners" gegenüberstehen. Ein zwischen dem Herrn und dem Diener bestehendes Vertragsverhältnis ist dabei unerheblich, denn ein schuldrechtlicher Anspruch bedeutet noch keineswegs eine soziale Unterordnung. So wird z. B. das Verhältnis des Reisenden zum Gepäckträger, welcher die Gepäckstücke nicht unter den Augen des Reisenden zu dessen Wohnung bringt, nicht unter die Vorschrift des § 855 fallen. Denn der Gepäckträger ist in diesem Falle ein selbständiger Inhaber der tatsächlichen Gewalt. Der Reisende hat lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gegen diesen und kann nur im Rahmen des Schuldverhältnisses seine Anweisungen erteilen. Daraus folgt aber nicht, daß der Gepäckträger nach der Lebensauffassung der Befehlsgewalt des Reisenden unterworfen ist. Der Gepäckträger hat aus dem Vertragsverhältnis ohne weiteres ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273, während einem Besitzdiener dieses Recht nicht zusteht.

Entscheidend sind also allein die sozialen Anschauungen des Lebens. So gehören zu den Besitzdienern die Hausdiener, Kutscher usw., aber auch die Familienangehörigen sowie die Verwandten des Hausherrn, welche in dessen Haushalt tätig werden. Letztere stehen regelmäßig in keinerlei Vertragsverhältnis zu dem Hausherrn und sind doch seiner Befehlsgewalt untergeordnet. Eben weil in einem Haushalt nach der sozialen Gesellschaftsordnung der Hausherr an der Spitze desselben steht, sind alle im Haushalt Tätigen seiner Gewalt unterworfen. Es gehören unter § 855 auch die Vorschriften des Familienrechts oder des öffentlichen Rechts, in denen ein Befehlsrecht einer Gehorsamspflicht gegenüber tritt. Man denke nur an Soldaten und Beamte hinsichtlich der ihnen überlassenen Dienstkleidung. Also nicht „Anspruch und Schuld" kennzeichnen dieses Verhältnis, sondern „Befehl und Gehorsam"[113]).

Nicht unmittelbar unter § 855 gehören die Fälle der sogenannten „momentanen Detention", besser „beaufsichtigten Innehabung". Es sind dies Fälle, in denen eine Sache vorübergehend einem Dritten überlassen wird, ohne daß dabei der Ueberlassende den Besitz aufgibt. Dabei besteht weder eine obligatorische Gebundenheit noch

---

[112]) Vgl. Vertr. S. 63, so auch: Bruns S. 145; Heinrichs S. 40; Munscheid S. 37.

[113]) Vgl. Bruns S. 145.

eine soziale Unterordnung dessen, an den die Sache überlassen ist. Der Ueberlassende übt lediglich eine Aufsicht über die Innehabung aus. Beispiele dieser Art sind im Leben sehr häufig. So kann man von beaufsichtigter Innehabung sprechen, wenn Reisende sich Zeitungen überlassen, der Gastwirt seinen Gästen Teller usw. gibt, jemand seinem Freunde seine Uhr zur Ansicht aushändigt und dergl. mehr. Meist sind es bloße Gefälligkeitshandlungen, über deren Abgrenzung zu anderen Fällen, z. B. den §§ 855, 868, die Verkehrsanschauung entscheiden muß. So können diese Fälle unter § 855 deshalb nicht fallen, weil ein soziales Abhängigkeitsverhältnis nicht besteht[114]), unter § 868 nicht, weil weder ein Rechtsverhältnis gegeben, noch dem Ueberlassenden der unmittelbare Besitz abgesprochen werden kann. Es kann daher im Einzelfall nur eine entsprechende Anwendung des § 855 in Frage kommen.

Nun wäre es aber nicht richtig, anzunehmen, daß der Besitzdiener hinsichtlich aller Sachen, über welche er die tatsächliche Gewalt innehat, dem Befehlsrecht seines Herrn unterworfen ist. Der Herr hat z. B. keinen Besitz an der Uhr seines Dieners, welche sich dieser aus eigenen Mitteln erworben hat. Entscheidend für die Abgrenzung zwischen dem Besitz des Herrn und dem des Dieners ist nicht der Wille des Dieners, sondern allein objektive Merkmale. Man hat in der Wissenschaft[115]) aus den Worten „für einen anderen" in § 855 entnommen, daß der Besitzdiener den Willen haben müsse, für den Herrn zu erwerben. Man[116]) sagt, es sei im § 855 sowohl ein objektives, als auch ein subjektives Merkmal enthalten. Das objektive Abhängigkeitsverhältnis sei nur der Rahmen, innerhalb dessen sich der Wille des Besitzdieners betätige. Man mußte daher auch zu der Folgerung kommen, daß der Besitzdiener durch bloße Aenderung seines Willens den Besitz für sich selbst erwerben kann. Diese Ansicht ist insofern schon von dem rein subjektiven Merkmal abgegangen, als gefordert wird, daß der Eigenerwerbswille des Besitzdieners nach außen hervortreten müsse. Man stellte auch die Vermutung auf, daß der Erwerb stets für den Herrn eintrete, wenn nicht der Eigenerwerbswille des Dieners kenntlich sei. Damit ist aber bereits die einseitige Betonung des Willens praktisch aufgegeben.

In der Tat kann es auf den Willen des Besitzdieners hinsichtlich der Richtung des Erwerbes nicht ankommen. Wir hatten oben dargelegt, daß im heutigen Besitzrecht ein Besitzwille nicht erforderlich

---

[114]) Vgl. Leonhard S. 65; Bruns S. 144; auch Last, dessen Ansicht aber darin abzulehnen ist, daß er bei der Abgrenzung den Willen des Inhabers entscheiden läßt. a. A. Strohal S. 12.

[115]) Vgl. Kress S. 146, 165 ff; Bruns S. 149; Last S. 117 ff.; Wendt S. 95.

[116]) Vgl. Kress S. 166; Last S. 106 ff.

ist. Ebenso ist auch der Wille des Besitzdieners, für einen Andern zu besitzen oder zu erwerben, keine Voraussetzung dafür, daß der Herr den unmittelbaren Besitz erwirbt. Allein daraus, daß ein Gegner der hier vertretenen Ansicht sagt, „nicht der im Einzelfall schwer feststellbare Individualwille, sondern die typische Willensgestaltung sei maßgebend“[117]), läßt sich entnehmen, welche Unsicherheit im Rechtsleben die subjektiv eingestellte Lehre bringen muß. Man mußte mit einer Vermutung arbeiten, daß der Erwerb dem Herrn gelte, weil man einsah, daß man mit der Betonung des Willens nicht zum Ziele kam und welche Folgerung dies für die Feststellung hatte, in welcher Richtung der Erwerb vor sich geht[118]). Trotzdem könnte nach dieser Lehre der Besitzdiener sich durch eine Aenderung seines Willens zum Besitzer machen, wenn sich dieser Wille nur irgendwie offenbart. Dieser Lehre ist nicht beizutreten. Es kann nicht dem Rechtsempfinden entsprechen, daß sich jemand lediglich durch seinen Willen zum Besitzdiener eines anderen machen oder das bestehende Besitzdienerverhältnis durch seinen Willen nach Gefallen ändern kann. Um einer Täuschung und einer Unsicherheit des Verkehrs, grade in den für das gesamte Recht so wichtigen Besitzverhältnissen, zu begegnen, muß man notwendig zu der Ansicht kommen, daß allein objektive Merkmale die nötige Sicherheit bringen können[119]).

Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich auch aus den Voraussetzungen des Besitzverhältnisses. Wie wir oben gesehen hatten, entscheiden lediglich die sozialen Anschauungen und die Gesellschaftsordnung, ob ein Verhältnis vorliegt, nach welchem ein Befehlsrecht des einen und eine entsprechende Gehorsamspflicht des anderen besteht. Dieses Verhältnis hatte nichts mit einem schuldrechtlichen Vertrage gemein, sondern war von einem solchen streng zu scheiden. Das besagt, daß ein Parteiwille bei der Entstehung eines solchen Unterordnungsverhältnisses im Sinne des § 855 keinerlei Bedeutung haben kann[120]). Was aber für die Entstehung eines solchen Verhältnisses gilt, das muß in gleichem Maße auch für einen Erwerb auf Grund desselben gelten. Nicht also der Wille des Besitzdieners entscheidet die Richtung des Erwerbes, sondern die sozialen Verhältnisse, unter denen der Besitzdiener die Erwerbshandlung ausführt. Danach tritt der Erwerb stets mit unmittelbarer Wirkung für den Herrn ein, wenn der Besitzdiener im

---

[117]) Vgl. Bruns S. 150.

[118]) Vgl. Last S. 121.

[119]) Vgl. Leonhard Vertr. § 28, Przibilla S. 328; Heinrichs S. 44, Strohal S. 5 ff.; Endemann zu § 855, S. 210, Planck zu § 855, Lenel S. 80 ff.; Biermann S. 16.

[120]) Vgl. Leonhard S. 76 § 28.

Rahmen des Abhängigkeitsverhältnisses zu diesem die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt. An dem Eintritt dieser Folge kann ein entgegengesetzter Wille des Dieners nichts ändern.

Hat der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt, so wird man die Frage, ob der Erwerb für den Diener selbst oder den Herrn eingetreten ist, nur nach folgenden Merkmalen entscheiden können.

Ist der Erwerb im Haushalt oder Erwerbsgeschäft des Herrn getätigt, so kann nur der Herr der Erwerber sein. Diese Begriffe darf man jedoch nicht zu eng fassen. Man muß vielmehr den Bereich darunter verstehen, in dem der Diener den Befehlen des Herrn Gehorsam leisten muß. So sind die zum Einkauf gesandten Dienstboten, die an einer entlegenen Stelle tätigen Angestellten Besitzdiener des Herrn bezüglich der Sachen, welche sie im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit erwerben. Dieser Bereich findet dort seine Grenze, wo eine Möglichkeit des Befehlens dem Herrn entfällt. So kann man den Reisenden eines Münchener Geschäftsherrn nicht mehr als Besitzdiener der Sachen ansehen, welche er auf einer Geschäftsreise in Königsberg erwirbt. Hier würde gegebenenfalls § 868 durchgreifen oder die allgemeinen Regeln. In diesem Falle ist das räumliche Verhältnis des Herrn zu der Sache ein so lockeres, daß dieser nicht mehr die Möglichkeit der unbeschränkten Beherrschung durch Erteilung von Anweisungen hat. Es muß also für die Stellung des Besitzdieners das bestehende Raumverhältnis im Einzelfall entscheidend herangezogen werden.

Ferner wird es ein Merkmal für einen Erwerb mit unmittelbarer Wirkung für den Herrn sein, wenn der Diener in ursächlichem Zusammenhang mit dem ihm zugewiesenen Geschäftskreis Gegenstände erwirbt. Dabei wird zu prüfen sein, in welchem Maße der Diener dem Befehlsrecht des Herrn untergeordnet ist. Dies wird oft weiter, oft aber auch in geringerem Umfang die Handlungen des Dieners beeinflussen. Am weitgehendsten ist das Befehlsrecht z. B. den Soldaten gegenüber. Es kommt also stets auf die Art des Unterordnungsverhältnisses an. An Sachen, welche der Diener während der Dienststunden in Ausübung seines Dienstes erwirbt, erlangt der Herr unmittelbar Besitz. Anders ist es, wenn der Diener nach den Dienststunden aus eigenen Mitteln persönliche Einkäufe vornimmt. Bei den Soldaten wiederum würde die Sache eine wesentlich andere sein, denn bei diesen erstreckt sich das Befehlsrecht des Vorgesetzten nahezu auf alles, was sie in ihrer Gewalt haben.

Endlich wird regelmäßig das dem Besitzerwerb zu Grunde liegende Rechtsverhältnis einen Hinweis für die Richtung des Erwerbes geben. Hat der Herr eine Sache im Laden gekauft und läßt er diese durch seinen Diener abholen, so kann kein Zweifel bestehen,

daß der Herr mit der Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch den Diener Besitzer wird. Ist von dem Diener aus eigenen Mitteln eine Bestellung eingegangen, und wird die bestellte Sache im Hause des Herrn an den Diener abgegeben, so spricht das von diesem außerhalb seines Wirkungskreises abgeschlossene Vertragsverhältnis dafür, daß der Erwerb für den Diener selbst eintrat. Ebenso werden die Eigentumsverhältnisse an der Sache Aufschluß geben, in wessen Besitz sich dieselbe befindet, bzw. erworben wird. Denn seine ihm zum Eigentum gehörige Sache wird der Diener in der Regel nicht den Befehlen des Herrn gemäß behandeln müssen.

Letzteres trifft auch dann zu, wenn zwischen dem Herrn und dem Diener ein besonderes Vertragsverhältnis bezüglich der Sache besteht. So z. B., wenn dem Diener zur Ausübung seines Dienstes eine Wohnung überlassen, und der dafür entrichtete Mietzins auf das Entgelt des Anstellungsvertrages verrechnet wird. Dann ist der Diener Besitzer seiner Wohnung, nicht nur Besitzdiener, denn es besteht zwischen dem Herrn und ihm nur ein schuldrechtlicher Anspruch aus dem Mietvertrage, der nicht einem Befehlsrecht gleichzusetzen ist, wie wir oben gesehen haben. Es ist daher bei der Prüfung, ob ein Verhältnis gemäß § 855 vorliegt, stets zu untersuchen, ob die Sache dem Diener durch einseitiges Opfer des Herrn überlassen ist, z. B. der Dienstanzug, oder ob eine Gegenleistung des Dieners stattfindet. Im letzteren Falle wird der Diener regelmäßig Besitzer sein. Vgl. den Fall der Mietswohnung.

Wir sehen also, daß diese objektiven Merkmale durchaus genügend sind, und vor allen Dingen klare Besitzverhältnisse schaffen, während man bei Hervorhebung des Eigen- oder Fremderwerbswillens mit vagen Vermutungen auskommen muß. Letzten Endes führen diese Vermutungen stets auch dazu, aus dem Sachverhalt Schlüsse für die Besitzverhältnisse zu ziehen, denn dieser ist erst die Grundlage dafür. Deshalb ist es wesentlich leichter und sicherer, die objektive Sachlage entscheiden zu lassen, als daß man erst auf Grund derselben Erwägungen anstellt, welchen Willens im Einzelfall der Besitzdiener war. Das Erfordernis des Willens ist mithin durchaus entbehrlich und bringt Unsicherheit für den Verkehr, wenn man es nicht sogar als falsch bezeichnen will.

Wie ein Fremderwerbswille des Besitzdieners nicht erforderlich ist, so kann man auch nicht einen Erwerbswillen des Herrn fordern. Dies ergibt sich für uns bereits aus den obigen Erörterungen, in denen festgestellt wurde, daß ein Wille nicht Voraussetzung des Besitzerwerbes ist[121]). Insbesondere ist auch nicht in der Anstellung des Dieners oder der Zuweisung eines bestimmten Geschäftskreises

[121]) Vgl. oben § 3.

der Ausdruck eines „Allgemeinen Erwerbswillens" zu sehen[122]). Last, ein Vertreter der Willenslehre, sagt selbst, daß es eine Fiktion sei, einen solchen Willen aus der Anstellung zu entnehmen. Daraus hätte aber auch die Folgerung gezogen werden müssen, daß man mit bloßen Fiktionen keine klaren Besitzverhältnisse schaffen kann, wie es bei dem Besitz unerläßlich ist. Zur Ablehnung dieser Willenslehre muß ferner notwendig der Umstand führen, daß ein Beweis eines solchen allgemeinen Erwerbswillens sich sehr schwierig gestalten würde. Besonders wäre der Herr jederzeit in der Lage, seinen Willen zu ändern. Worin würde diese Lehre die Aeußerung des allgemeinen Erwerbswillens sehen, wenn eine Anstellung gar nicht vorliegt, wie z. B. bei Verwandten, die im Haushalt tätig werden? Man müßte in diesem Fall wiederum eine andere Fiktion aufstellen, deren Annahme sich erschweren würde, wenn die Verwandten z. B. gegen den Willen des Hausherrn tätig würden. Man sieht, zu welchen Unklarheiten diese Lehre führen muß. Dem Willen des Dieners wie auch des Herrn kann also bezüglich des Besitzerwerbes keinerlei Bedeutung beigemessen werden.

Gänzlich unvereinbar mit unserer Ansicht wäre es daher, wenn mann — wie Last[123]) es tut — sagen wollte, der von dem Besitzdiener gefaßte Wille gelte als solcher des Herrn. Es würde dies einer Vertretung im Besitzerwerbswillen gleichkommen.

Erlangt somit der Diener die tatsächliche Gewalt an einer Sache im Rahmen des zu dem Herrn bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses, so erwirbt damit der Herr den unmittelbaren Besitz. Dabei ist es nicht notwendig, daß der Diener ausdrücklich im Namen des Herrn handelt[124]). Denn allein das Abhängigkeitsverhältnis ist es, welches den Besitz unmittelbar in der Person des Herrn eintreten läßt. Handelt der Diener im Rahmen dieses Abhängigkeitsverhältnisses, so erwirbt der Herr den Besitz, gleichgültig, ob dieser Fremderwerb nach außen hervorgetreten ist oder nicht. Darin zeigt es sich, daß dem Willen des Dieners keine Bedeutung zukommt. Liegt der Erwerb im Rahmen der sozialen Unterordnung und sprechen nicht andere objektive — wie oben dargelegte — Umstände dagegen, so erwirbt der Herr selbst den Besitz, auch wenn der Diener einen entgegengesetzten Willen hatte oder betätigte. Meist wird jedoch der Erwerb für den Herrn offensichtlich — wie in den Fällen des Erwerbs durch Dienstboten — oder auch geäußert sein.

---

[122]) Vgl. Leonhard S. 69 ff.; Strohal S. 5 ff.; Dernburg § 20, Biermann 4 zu § 855, und die obigen Ausführungen § 3; a. A. für den allgem. Erwerbswillen: Bruns S. 149; Last S. 123; Endemann S. 1, 72 ff; auch Przibilla neigt dazu S. 357.

[123]) Vgl. S. 123, 125.

[124]) Vgl. Przibilla S. 351 ff.; Bruns S. 151; Heinrichs S. 38; Munscheid S. 38.

Demnach liegt hier ein Fall des Besitzerwerbes vor, in dem entgegen den allgemeinen Besitzregeln ein Erwerb durch eine Mittelsperson mit unmittelbarer, alleiniger Wirkung in der Person des Anderen eintritt. Erlangt der Besitzdiener unter den obengenannten Voraussetzungen die tatsächliche Gewalt, so erwirbt damit nur der Herr den Besitz. Nicht aber tritt, wie es nach den allgemeinen Besitzregeln ist, die Wirkung zunächst in der Person des Handelnden ein. Dieser Vorgang entspricht den Grundsätzen der Stellvertretung, und wir können daher feststellen, daß der Erwerb durch den Besitzdiener gemäß § 855 ein Fall des Besitzerwerbes durch Vertretung eines Dritten ist.

Damit soll aber nicht gesagt sein, daß hier eine Stellvertretung gemäß den §§ 164 ff vorliegt. Dies schon aus dem Grunde nicht, weil der Besitzerwerb nach § 855 eine Rechtshandlung, kein Rechtsgeschäft ist. Denn es wird dabei nicht der Wille erklärt, mit Hilfe der Rechtsordnung einen Erfolg zu erzielen, sondern eine rein tatsächliche Handlung — die Ergreifung der tatsächlichen Gewalt — vorgenommen, deren Erfolg nur kraft Gesetzes, eben auf Grund des § 855 eintritt. Damit ist festgestellt, daß eine unmittelbare Anwendung der §§ 164 ff, welche nur auf Rechtsgeschäfte zutreffen, nicht möglich ist.

Zu prüfen bleibt daher, ob man eine analoge Anwendung der §§ 164 ff auf den Besitzerwerb gemäß § 855 zulassen kann. Die Berechtigung für einen Analogieschluß wäre nur gegeben, wenn die Grundbegriffe der beiden gesetzlichen Bestimmungen, hier der § 855 und die §§ 164 ff, soweit übereinstimmen, daß zwischen beiden eine rechtliche Aehnlichkeit besteht, sie aufeinander passen. Dies kann sehr zweifelahft sein. Meist wird nämlich der Besitzdiener nur reine Gehilfentätigkeit bei dem Besitzerwerbe ausüben. Dann könnte man ihn mit einem Boten, im Gegensatz zu dem Stellvertreter bei Abschluß eines Rechtsgeschäftes, vergleichen. Eine rechtliche Aehnlichkeit des Besitzdieners mit dem Vertreter im Sinne der §§ 164 ff wäre dann nicht vorhanden und damit eine Analogie ausgeschlossen.

Jedoch gibt es auch Fälle, in denen der Besitzdiener nicht als bloßer Gehilfe handelt, sondern die Möglichkeit hat, eine eigene Entscheidung bezüglich des Erwerbsgegenstandes zu treffen. So kommt es z. B. häufig vor, daß ein zum Abholen geschickter Diener unter den von dem Herrn unbesehen gekauften Sachen die besten aussuchen soll und dergl. Der Besitzdiener hat dann eine Stellung, welche der eines Stellvertreters gemäß den §§ 164 ff nahekommt. Denn im Gegensatz zur reinen Gehilfentätigkeit trifft in diesem Falle der Besitzdiener eine selbständige — wenn auch nicht alleinige — Entscheidung hinsichtlich des Geschäftsinhaltes. Wenn dabei, wie

wir sahen, das Offenheitsprinzip nicht gewahrt zu sein braucht und auch lediglich eine Rechtshandlung vorliegt, so würde dies als Eigenart des Besitzrechtes u. E. eine Analogie grundsätzlich nicht unmöglich machen. Es würde auch eine Verwirrung zwischen den Begriffen des Stellvertreters und des Boten nicht herbeiführen, wenn man im Einzelfall eine Unterscheidung zwischen dem Besitzdiener mit und dem ohne eigene Entscheidungsbefugnis innerhalb des Besitzerwerbes gemäß § 855 träfe. Lediglich würde ein Begriff des Besitzdieners geschaffen, der den des Gehilfen für diese bestimmten Fälle näher bezeichnen und von dem der reinen Gehilfentätigkeit unterscheiden würde. Kommt man zu dem Ergebnis, daß der Besitzdiener innerhalb seines Abhängigkeitsverhältnisses im Einzelfall eine gewisse eigene Entscheidungsbefugnis hat, dann ist seine Stellung der eines Vertreters im Sinne der §§ 164 ff ähnlich und eine analoge Anwendung in Betracht zu ziehen.

Naturgemäß müssen dabei die besonderen Regeln des Besitzrechtes beachtet werden, denn nicht jede Vorschrift der §§ 164 ff ist mit der Bestimmung des § 855 vereinbar. Insbesondere wird dabei zu berücksichtigen sein, daß das Besitzrecht keinen Willen des Vertreters wie des Erwerbers kennt. Wenn hier von einer Entscheidungsbefugnis des Besitzdieners die Rede ist, so ist keinesfalls darin eine Rückkehr zu dem Erfordernis des Besitzwillens zu sehen. Denn die Entscheidung bezieht sich nicht auf den Erwerb des Besitzes als solchen, sondern dieser tritt mit Ergreifung der tatsächlichen Gewalt kraft Gesetzes und unabhängig von der Entscheidung ein. Man sieht dies schon daraus, daß ein Besitzerwerb auch dann eintreten würde, wenn der Besitzdiener versehentlich eine von ihm nicht erwählte Sache an sich nehmen würde. Die Entscheidungsbefugnis würde außerhalb der eigentlichen Besitzerwerbhandlung liegen, nur als Begleiterscheinung derselben auftreten. Eine Analogie wäre mithin unter diesen Voraussetzungen, aber nur mit großer Vorsicht, zuzulassen[125]).

§ 6. Findet bei dem Erwerbe des mittelbaren Besitzes durch den Mittler gemäß § 868 eine Stellvertretung statt?

Im vorhergehenden Abschnitt war erläutert worden, daß man bei dem Besitzerwerbe gemäß § 855 eine Vertretung durch Dritte deshalb annehmen kann, weil in § 855 eine Ausnahme von dem Grundsatz unseres Besitzrechtes „jeder Inhaber auch Besitzer" getroffen ist. Demgegenüber finden wir in § 868 eine weitere Sonderbestimmung insofern, als darin ein Doppelbesitz festgelegt ist. Auch

---

[125]) So im Ergebnis: Klein, Rechtshandl. S, 54 ff.; Dernburg I § 161, 4; Przibilla S. 327, 350 ff.; v. Thur, Allgem. T. § 48 II, 1; Oertmann, Allgem. T. S. 599, RG. in Seuff. Arch. Bd. 79 S. 302; a. A.: insbes. Manigk S. 656, 694; Bruns S. 87.

hier sind, wie im § 855, zwei Personen zu einander in Beziehungen gebracht. Jedoch mit der Besonderheit, daß nicht nur eine, sondern beide Personen als Besitzer gelten. Der Unterschied dieser Bestimung zu der des § 855 ist darin zu sehen, daß in § 855 die eine Person, der Besitzdiener, nur ein sozial untergeordneter, unselbständiger Gewalthaber ist, und daß in manchen Fällen nur der Herr als Besitzer gilt, obwohl die tatsächliche Gewalt allein durch den Besitzdiener ausgeübt wird. Im § 868 dagegen ist die eine Person, der unmittelbare Besitzer, selbständiger, in keinem Abhängigkeitsverhältnis stehender Besitzer. Zwischen dem unmittelbaren Besitzer und der anderen Person, dem mittelbaren Besitzer, besteht die Bindung lediglich in einem obligatorischen Rechtsverhältnis[126]).

Der Unterschied dieser beiden Gesetzesbestimmungen ist deshalb vorangestellt, weil sich daraus am besten die Beantwortung unserer Frage nach der Stellvertretung ergeben wird.

Bei der Prüfung des Besitzerwerbes nach § 868 sind zwei Fälle auszuscheiden, welche wegen der Rechtsnatur der vorgenommenen Handlung ohne weiteres eine Stellvertretung gemäß den §§ 164 ff zulassen. Es ist dies erstens der Fall, in dem der bisher unmittelbare Besitzer durch Abschluß eines Rechtsverhältnisses der in § 868 bezeichneten Art mittelbarer Besitzer wird. So wird z. B. der bisher unmittelbare Besitz des Vermieters in mittelbaren Besitz umgewandelt. Hierbei kann hinsichtlich der Vereinbarung des Rechtsverhältnisses eine Stellvertretung des Vermieters wie auch des Mieters stattfinden. Jedoch müssen die Voraussetzungen der §§ 164 ff, insbesondere das Handeln in fremdem Namen, erfüllt sein. Zu beachten ist, daß der Vertreter dabei keinen Besitz erwirbt.

Der zweite Fall ist der, bei dem der unmittelbare Besitzer durch Abschluß eines Rechtsgeschäftes im Sinne des § 868 Besitzmittler wird. So, wenn bei dem Verkauf einer Sache zwischen Verkäufer und Käufer neben der Einigung über den Eigentumsübergang die Vereinbarung getroffen wird, daß der Verkäufer die Sache noch in Verwahrung behalten soll (vgl. § 930). Dabei kann eine Stellvertretung gemäß den §§ 164 ff stattfinden, indem der Vertreter den Verwahrungsvertrag — das Besitzmittlungsverhältnis nach § 868 — vereinbart, ohne selbst Besitz zu erlangen. Liegen die Voraussetzungen der §§ 164 ff vor, so wird der Vertretene entweder Gläubiger und damit mittelbarer Besitzer, oder Schuldner des Besitzmittlungsverhältnisses und damit Besitzmittler.

Für unsere Aufgabe bleibt daher nur der Fall zu untersuchen, in dem von einem Nichtbesitzer für diesen selbst der unmittelbare und für einen anderen — der mittelbare Besitz erworben wird.

---

[126]) Wir hatten oben dargelegt, daß in einem obligatorischen Rechtsverhältnis noch nicht stes eine soziale Unterordnung enthalten ist.

Z. B. wird der Verpächter mittelbarer Besitzer der Inventarstücke, welche der Pächter von dritter Seite erwirbt, der Auftraggeber wird mittelbarer Besitzer, wenn dem zum Ankauf von Sachen Beauftragten diese Sachen übergeben werden. Hierbei tritt demnach die Wirkung der Besitzerwerbshandlung nicht nur in der Person des anderen — der Ausdruck „Vertreter" ist absichtlich vermieden — in Gestalt des mittelbaren Besitzes ein, sondern auch in der Person des Handelnden in Gestalt des unmittelbaren Besitzers, — soweit letzterer nicht gemäß § 855 Besitzdiener ist. Es fragt sich, ob bei dem Eintritt einer solchen Doppelwirkung von einer Stellvertretung die Rede sein kann.

Zunächst ist auf die Voraussetzungen des Besitzerwerbes gemäß § 868 einzugehen. Wie aus dem Wortlaut des Gesetzes, „besitzt jemand . . usw.", hervorgeht, muß die eine Person im unmittelbaren Besitz der Sache sein. Liegt dies vor, so gilt auch die andere als Besitzer. Es handelt sich um einen Fall, in dem zwei Personen gleichzeitig Besitzer — freilich nicht Mitbesitzer — einer Sache sind. Wir haben es also nicht bloß mit einer Fiktion eines Doppelbesitzes zu tun — wie es von Aravantinos[127]) angenommen wird —, sondern es besteht neben der des unmittelbaren Besitzes auch eine tatsächliche Gewalt des mittelbaren Besitzers[128]). Der mittelbare Besitzer ist — wie Gierke treffend sagt — „Auchbesitzer". Denn das Gesetz gibt diesem neben dem unmittelbaren Inhaber der tatsächlichen Gewalt „auch" die Möglichkeit der Herrschaft über die Sache.

Nun ist es nicht so, daß der unmittelbare Besitzer seinen Besitz stets von dem mittelbaren Besitzer ableiten muß, etwa durch Nachfolge in dessen bisherigen Besitz. Die gegenteilige Ansicht vertritt u. A. Endemann[129]). Er stützt sich dabei auf die Lehre Strohals[130]), welcher den Wortlaut des Gesetzes dahin auslegt, daß die tatsächliche Gewalt dem unmittelbaren Besitzer „anvertraut" sein müsse. Dies könnte für einen abgeleiteten Besitz sprechen. Aber allein das von Leonhard[131]) angeführte Beispiel des Pfandgläubigers widerlegt bereits diese Ansicht, denn man kann nicht sagen, daß einem Pfandgläubiger die Pfandsache „anvertraut" sei. Man wird vielmehr der Lehre Leonhards beistimmen[132]), welcher es darauf abstellt, daß der Mittler den Besitz stets auf Kosten des Vermögens des mittelbaren Besitzers erwirbt, letzterer mithin stets ein Ver-

---

[127]) Vgl. S. 113.

[128]) Vgl. Leonhard S. 70; Bruns S. 154; Dernburg § 13 S. 51; a. A. Wendt S. 101.

[129]) S. 126, ebenso Krause S. 149, welcher sagt, die Vermutung des § 1006 beruhe darauf, daß der mittelbare Besitzer vorher Verkehrsbesitz gehabt habe.

[130]) Vgl. S. 23.

[131] u. [132]) Vgl. S. 60/61; a. A. Isay S. 274/275.

mögensopfer bringen muß. Auch praktische Erwägungen müssen dazu führen, die Ansicht Endemanns abzulehnen. Der Verpächter z. B. würde nie Besitzer der durch den Pächter angeschafften Inventarstücke, die Ersitzung könnte nicht eintreten, er hätte nicht das Recht aus § 869. Dem Pächter wäre die Einrede aus § 986 versagt. Der mittelbare Besitz kann also stets auch (originär) durch ursprünglichen Erwerb des Mittlers erworben werden[133]).

Dieser Erwerb der tatsächlichen Gewalt mit unmittelbarer Wirkung in der Person des mittelbaren Besitzers beruht allein auf dem Rechtsverhältnis oder der unten noch zu erörternden Innenbeziehung, welche zwischen dem Mittler und dem mittelbaren Besitzer als unbedingtes Erfordernis bestehen muß. Diese rechtliche Beziehung muß so geartet sein, daß der Besitzmittler dem mittelbaren Besitzer gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt und verpflichtet ist. Das Gesetz hat dafür insofern keine abschließende Aufzählung getroffen, als es auch das Pfandrecht, die Miete und ähnliche Rechtsverhältnisse darunter fallen läßt[134]).

Es ist nun für eine Besitzmittlung gemäß § 868 nicht notwendig, daß die rechtliche Beziehung zwischen Mittler und mittelbarem Besitzer die Gestalt eines rechtlich gültigen Rechtsverhältnisses der in § 868 aufgezählten Art hat. Vielmehr kann auch bei Ungültigkeit des vereinbarten Rechtsverhältnisses dieses eine tatsächliche Grundlage der Besitzmittlung bilden[135]). Der Wortlaut des Gesetzes: „besitzt jemand als Nießbraucher, Pächter usw. oder in einem ähnlichen Verhältnis“ läßt erkennen, daß der Mittler nicht notwendig Nießbraucher, Pächter usw. in rechtlich gültiger Form sein muß. Auch ein dem im Gesetz aufgeführten ähnliches Verhältnis soll zur Besitzmittlung genügen. Man muß daraus entnehmen, daß die Grundlage für eine Besitzmittlung dann vorhanden ist, wenn der Mittler durch rechtliche Beziehungen, welche einem der in § 868 aufgeführten Rechtsverhältnisse ähnlich sind, mit dem mittelbaren Besitzer verbunden ist; und ferner, wenn der mittelbare Besitzer ein Vermögensopfer dadurch bringt, daß er auf Grund der rechtlichen Beziehungen den unmittelbaren Besitz bei dem Mittler beläßt. Ist daher diese Innenbeziehung aus einem Rechtsgrunde ungültig, dann kann sie stets noch die Grundlage der Besitzmittlung bilden. Jedoch wird man diese rechtlich ungültige Beziehung nicht allein als zur Besitzmittlung ausreichend ansehen können. Daher

---

[133]) Vgl. Leonhard S. 60/61; Strohal S. 26; Bruns S. 154; Przibilla S. 324 ff.

[134]) Es kann im Rahmen dieser Arbeit nicht darauf eingegangen werden, welche Rechtsverhältnisse im einzelnen unter den Begriff der „ähnlichen Verhältnisse“ fallen.

[135]) Vgl. Leonhard S. 71 ff; Wolff § 8, I, 2; Mengelkoch S. 53 ff; a. A.: Kress S. 200; Bruns S. 157; Last S. 131; Endemann § 35, Anm. 12.

muß dem mittelbaren Besitzer aus einem anderen rechtlichen Grunde, z. B. dem § 812, ein Anspruch auf die Sache gegen den Mittler zustehen[136]). Der Besitz ist im Falle des Anspruchs aus § 812 durch Uebertragung nach den allgemeinen Regeln übergegangen und bedeutet ein „etwas" im Sinne des § 812. Das ist aber nicht in dem Sinne aufzufassen, daß die Besitzmittlung lediglich auf einem Herausgabeanspruch beruht. Ein solcher Herausgabeanspruch, z. B. aus § 812, kann nicht allein genügen[137]). Denn nicht jeder, der einen solchen Anspruch hat, ist mittelbarer Besitzer. Vielmehr muß außer dem Anspruch stets eine umfassendere Beziehung zwischen Mittler und mittelbarem Besitzer bestehen, wenn diese auch rechtlich, z. B. wegen der §§ 117, 138, nicht gültig ist[138]). Mit anderen Worten: es muß zwischen Mittler und mittelbarem Besitzer ein Nießbrauch, eine Miete oder ein ähnliches Verhältnis vereinbart sein oder aber eine diesem Verhältnis ähnliche gesetzliche Rechtsbeziehung bestehen. Als solche gesetzlichen Rechtsbeziehungen sind z. B. das Nutznießungsrecht des Ehemannes bei der Verwaltungsgemeinschaft oder das des Vaters an dem Kindesvermögen zu nennen. Ist dieses Verhältnis nun rechtlich nicht gültig, und besteht sonst ein Anspruch des mittelbaren Besitzers gegen den Mittler, dann ist letzterer eben nicht ohne einen „tatsächlichen" Grund in den Besitz der Sache gekommen. Der Grund des Besitzerwerbes, der hier als ein „tatsächlicher" bezeichnet sei, im Gegensatz zum rechtlichen, von dem mangels Gültigkeit des Rechtsverhältnisses (§ 812) nicht die Rede sein kann —, ist in der tatsächlich bestehenden Rechtsbeziehung zwischen dem Mittler und dem mittelbaren Besitzer zu sehen. Zur Annahme einer Besitzmittlung im Sinne des § 868 kann mithin ein solcher „tatsächlicher" Grund als ausreichend angesehen werden. Besteht aber gegen den unmittelbaren Besitzer ein Anspruch bezüglich der Sache weder aus dem Rechtsverhältnis mangels Gültigkeit desselben, noch aus einem sonstigen Rechtsgrunde, dann muß — schon im Hinblick auf § 870[139]) — das Vorhandensein eines Besitzmittlungsverhältnisses abgelehnt werden.

Diese Ansicht wird durch praktische Erwägungen unterstützt. Wollte man bei Ungültigkeit des Rechtsverhältnisses eine Besitzmittlung gemäß § 868 verneinen, so würde man damit die Grundlage der Ersitzung, der Vermutung aus § 1006, der Klagen aus §§ 1007, 869, usw. hinfällig machen.

Nicht genügt aber zur Annahme eines Besitzmittlungsverhältnisses die bloße Anerkennung des mittelbaren Besitzes durch den

---

[136]) Vgl. Wolff § 8, I, 2; Last S. 135; Mengelkoch S. 77/78.
[137]) Vgl. Strohal S. 17 ff.; Bruns S. 156; Last S. 90.
[138]) Vgl. Vgl. Mengelkoch S. 130/31.
[139]) Es ist in § 870 nicht die Abtretung eines nur „vermeintlichen" Herausgabenanspruches gemeint.

Mittler. Die gegenteilige Ansicht wird in der Wissenschaft vertreten. Würde die bloße Anerkennung ausreichen, so könnte eine Abtretung gemäß § 870 nicht ohne Einwilligung des Mittlers stattfinden. Dies würde aber gegen die Zessionsgrundsätze verstoßen[140]). Der Schuldner des abgetretenen Anspruchs wird Besitzmittler gegenüber dem Zessionar, gleichgültig, ob er von der Abtretung Kenntnis hatte oder nicht. Durch die nur einseitige Anerkennung würde ferner nicht die notwendige rechtliche Innenbeziehung entstehen können, denn dazu ist mindestens eine beiderseitige Vereinbarung erforderlich.

Endlich würde auch dem Willen des Mittlers eine Bedeutung beigelegt, welche ihm keinesfalls zukommt. Der Mittler würde bei dieser Hervorhebung des Willens das Mittlungsverhältnis beenden können, indem er seinen Willen ändert. Er könnte leicht die Vermutung des § 1006 entkräften und dergleichen mehr. Eine Schädigung des mittelbaren Besitzers wäre unvermeidlich. Allein mit Rücksicht auf den Verkehr kann nur das objektive Vorhandensein eines Besitzmittlungsverhältnisses geprüft werden. Der Besitzwille ist eben — wie oben dargelegt — völlig aus unserem Besitzrecht als unbedingte Voraussetzung des Erwerbes durch die Abkehr von dem römischen Recht ausgeschieden.

Wenn er nicht Voraussetzung ist, so kann der Wille des Mittlers insbesondere auch nicht für die Richtung des Erwerbes maßgebend sein. Dagegen will Last[141]), der einseitig das Willenserfordernis betont, sogar eine Stellvertretung im Erwerbswillen gelten lassen, was mit der hier vertretenen Ansicht gänzlich unvereinbar ist. Desgleichen ist eine Vermutung für einen bestimmt gearteten Willen nicht notwendig. So will Bruns[142]) aus der typischen Gestaltung der Verhältnisse den Willen entnehmen. Auch dieser Lehre ist nicht zuzustimmen, da im heutigen Besitzrecht der Wille keinerlei Bedeutung hat, folglich auch keine Vermutungen danach angestellt zu werden brauchen. Ebenso abzulehnen ist es, einen Erwerbswillen des mittelbaren Besitzers zu fordern und diesen in der Eingehung des Rechtsverhältnisses geäußert zu sehen[143]).

Nicht also der Wille des Mittlers ist Voraussetzung einer Besitzmittlung oder gibt die Richtung des Erwerbes an, sondern die objektive Sachlage, die zwischen Mittler und mittelbarem Besitzer bestehenden Beziehungen sind allein maßgebend[144]).

Aus diesen Gründen ist auch ein erkennbares Handeln des Mittlers für den Geschäftsherrn bei dem Erwerbe des mittelbaren

---

[140]) Die Abtretung vollzieht sich gemäß den §§ 398, vgl. unten § 7 und Aravantinos S. 118, Bruns S. 157.

[141]) Vgl. S. 95; auch Kress S. 223 ff.

[142]) Vgl. S. 65, 167.

[143]) a. A.: Przibilla S. 346; Last S. 94.

[144]) Vgl. Leonhard S. 70/76; Araventinos S. 115 ff.

Besitzes nicht erforderlich[145]). Denn an allen Sachen, welche der Mittler innerhalb seines ihm durch die Innenbeziehung zu dem Herrn zugewiesenen Tätigkeitskreises erwirbt, wird der Geschäftsherr mittelbarer Besitzer. Dabei ist ein abweichender Wille des Mittlers oder die Nichtkenntnis eines Dritten von der Handlung für den Geschäftsherrn ohne Bedeutung.

Ein Nichtbesitzer kann also eine Sache derart in Besitz nehmen, daß er selbst unmittelbaren, der andere, mit dem er in Beziehungen im Sinne des § 868 steht, mittelbaren Besitz erwirbt. Damit kommen wir zu der Beantwortung unserer Frage nach einer Stellvertretung. Zwar liegt ein rechtlich erhebliches Handeln des Mittlers mit unmittelbarer Wirkung für einen anderen vor, denn unter den genannten Voraussetzungen wird mit der Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch den Mittler der andere mittelbarer Besitzer. Aber die Wirkung tritt nicht allein in der Person des mittelbaren Besitzers ein. Immer erlangt der Mittler gleichzeitig, wie wir oben sahen, als unbedingte Voraussetzung des § 868, den unmittelbaren Besitz. Darin liegt die grundlegende Abweichung von den Grundsätzen einer Stellvertretung nach den §§ 164 ff, bei denen die Wirkung der Vertretungshandlung stets allein in der Person des Vertretenen eintritt, nicht auch in irgend einer Form in der Person des Vertreters. Aus diesem Grunde geht es nicht an, bei dem Besitzerwerb gemäß § 868 von einer Stellvertretung zu sprechen.

Diese Folgerung erklärt sich auch aus der Umgestaltung unseres Besitzrechtes gegenüber dem römischen Recht. Der Wille der Mittelsperson, für sich oder einen anderen zu erwerben, gibt. wie wir darlegten, nicht mehr den Ausschlag. So kann der Mittler nicht nach seinem Willen sich selbst zum bloßen Inhaber und einen anderen zum Besitzer machen.

Wir sehen hier den Eingangs erwähnten Unterschied des § 868 zu 855. Der Besitzdiener war nur deshalb als Vertreter beim Besitzerwerb anzusehen, weil er bloßer Inhaber der tatsächlichen Gewalt, nicht aber auch Besitzer einer für den Herrn erworbenen Sache war. Der Mittler aber muß beim Erwerb gemäß § 868 notwendig Besitz erlangen, kann mithin nicht mit alleiniger Wirkung für den Geschäftsherrn handeln. In § 868 ist daher eine Sondervorschrift unseres Besitzrechtes enthalten, nach welcher zwar das Handeln des Mittlers unmittelbare Wirkung für einen anderen, den mittelbaren Besitzer, hervorbringt, keinesfalls aber ist diese Handlung nach den Grundsätzen der Stellvertretung zu behandeln[146]).

---

[145]) Vgl. Przibilla S. 353; Bruns S. 167; a. A.: Last S. 90 f.

[146]) Vgl. Bruns S. 87 ff.; Przibilla S. 326; Draganesco S. 80; R.G.R.K. zu § 855; Munscheid S. 43/45. a. A.: Last S. 98; Kress S. 143, 174, 236; Sokolowski S. 319.

Eine unmittelbare Anwendung der §§ 164 ff auf die Besitzerwerbshandlung gemäß § 868 ist demnach ausgeschlossen. Auch die Zulässigkeit einer Analogie ist abzulehnen. Denn die beiden Gesetzesbestimmungen weichen in grundlegenden Punkten — vor allem in dem Eintritt der Wirkung bei beiden Personen in § 868 — von einander ab, sodaß von einer rechtlichen Aehnlichkeit keine Rede sein kann[147]).

§ 7. Stellvertretung bei dem Erwerbe des mittelbaren Besitzes gemäß § 870.

Nach § 870 kann der mittelbare Besitz dadurch auf einen anderen übertragen werden, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird. Voraussetzung dafür ist, daß der Tradent mittelbarer Besitzer ist. Ferner muß entweder ein Anspruch aus einem gültigen Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 oder wenigstens neben einer — wenn auch rechtlich nicht gültigen — Innenbeziehnung ein Herausgabeanspruch aus anderem rechtlichen Grunde dem mittelbaren Besitzer gegen den Mittler zustehen[148]). Durch die Abtretung eines jeden beliebigen Herausgabeanspruches kann aber eine Uebertragung des mittelbaren Besitzes im Sinne des § 870 nicht eintreten. Denn die Bestimmung des § 870 schließt sich an die des § 868 an. Dort hatten wir gesehen, daß das Besitzmittlungsverhältnis nicht allein auf einem Herausgabeanspruch beruht, sondern stets noch eine den in § 868 genannten Rechtsverhältnissen ähnliche Innenbeziehung vorhanden sein muß.

Auch kann man nicht — wie Bruns[149]) — annehmen, daß der Wille der Parteien entscheidet, ob ein Uebergang des mittelbaren Besitzes zugleich mit dem des Herausgabeanspruchs gemeint war. Maßgebend für den Uebergang des mittelbaren Besitzes kann vielmehr nur die Feststellung nach der objektiven Sachlage sein, ob es sich im Einzelfall um den den Besitz vermittelnden Anspruch handelt, der abgetreten ist. Tritt z. B. der Mieter lediglich seinen Anspruch auf Mietzinsen ab, so kann damit nicht ein Uebergang des mittelbaren Besitzes erfolgt sein. Anders wird zu entscheiden sein, wenn der Hinterleger seinen Anspruch aus dem Verwahrungsvertrage abtritt.

Der mittelbare Besitz geht auch dann gemäß § 870 auf den Erwerber über, wenn ein Anspruch aus dem Verwahrungsvertrage mangels Gültigkeit desselben nicht gegeben ist, und deshalb ein aus demselben Zusammenhang bestehender Anspruch aus z. B. § 812 abgetreten wird. Auch in diesem Falle würde der den Besitz — wenn auch nicht allein — vermittelnde Anspruch übertragen, denn

---

[147]) a. A. Przibilla S. 329 ff.
[148]) Vgl. die Ausführungen in § 6 der Arbeit.
[149]) Vgl. S. 97.

daneben bildet die zwischen Tradent und Schuldner bestehende Innenbeziehung — nämlich der tatsächlich vereinbarte, wenn auch rechtlich nicht gültige Verwahrungsvertrag — die Grundlage der Besitzmittlung. Auf den Willen der Parteien kann es also hinsichtlich der Frage, ob der mittelbare Besitz übergeht oder nicht, in keinem Falle ankommen[150]).

Ein gültiger Anspruch muß aber stets vorliegen. Eine Abtretung eines nur vermeintlichen Herausgabeanspruches entspricht nicht dem § 870. Zwar kommt beim Verkauf eines nicht bestehenden Anspruchs § 306 nicht zur Anwendung, da die Sondervorschrift des § 437 entgegensteht. Aber gemäß § 437 steht dem Erwerber lediglich ein Anspruch auf Schadenersatz gegen den Veräußerer zu, nicht geht dabei der mittelbare Besitz über[151]). Die Möglichkeit, nach § 870 einen vermeintlichen Anspruch abzutreten und erwerben zu können, läßt sich auch nicht etwa aus der Vorschrift des § 934 entnehmen. Zwar wird äußerlich eine Eigentumsübertragung nach § 931 stets mit der Uebertragung des mittelbaren Besitzes gemäß § 870 zusammenfallen. Aber dennoch müssen beide Vorgänge scharf getrennt werden. Nach § 931 kann nur der dingliche Anspruch, der Eigentumsanspruch im Sinne des § 985, übertragen werden. Hinsichtlich dieses dinglichen Anspruchs ist ein gutgläubiger Erwerb gemäß § 934 möglich, aber auch nur dann, wenn der Rechtsschein gewahrt ist. Das bedeutet: War der Veräußerer zur Zeit der Abtretung mittelbarer Besitzer, so wird gleichzeitig eine Abtretung nach § 870 erfolgt sein und ein gutgläubiger Erwerb des Besitzmittlungsanspruches liegt außer Betracht. War der Veräußerer nicht im mittelbaren Besitz der Sache, dann kann gemäß § 934 ein gutgläubiger Erwerb erst eintreten, wenn der Erwerber die Sache von dem Dritten erlangt, d. h. Besitz erwirbt. Auch in diesem Falle kann mithin ein gutgläubiger Erwerb des Anspruches aus Besitzmittlung nicht eintreten, da stets zum Besitzerwerb eine Tatsache in der Person des Erwerbers eintreten muß, nämlich die Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbes des Besitzmittlungsanspruches in Erwägung ziehen, hieße endlich gegen die Grundregeln des gutgläubigen Erwerbes verstoßen, denn der gute Glaube des Erwerbers bezieht sich stets nur auf das Eigentum des Veräußerers, niemals aber auf den mittelbaren Besitz. Es kann sich in § 870 nur um eine Abtretung eines schuldrechtlichen Anspruchs handeln, welcher von der des dinglichen in § 931 streng zu scheiden ist und wirklich bestehen muß, um einen Uebergang des mittelbaren Besitzes hervorzurufen[152]).

---

[150]) Vgl. Wolff § 14, II.

[151]) Vgl. Mengelkoch a. a. O.

[152]) Vgl. Leonhard, Lehrbuch S. 132; Strohal S. 93; Last S. 76/77; Kress 207; Wolff § 67, II, 1; Mengelkoch S. 77.

Die Abtretung geschieht in der Form, daß Veräußerer und Erwerber übereinstimmende Willenserklärungen bezüglich des Ueberganges des den Besitz vermittelnden Anspruchs abgeben, ohne daß eine tatsächliche Uebergabe der Sache stattfindet. Es wird dabei ein Vertrag geschlossen, der nach den Bestimmungen der §§ 398 ff und den allgemeinen Vorschriften über Verträge zu behandeln ist[153]). Die allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes über Verträge beeinflussen naturgemäß den Besitzübergang auch insoweit, als z. B. der Besitzübergang schwebend unwirksam ist, wenn dasselbe bei dem Abtretungsvertrag gemäß den §§ 398 ff der Fall ist.

Die Besitzübertragung gemäß § 870 enthält die Vorschrift des Besitzrechtes, bei welcher die Frage nach der Zulässigkeit einer Stellvertretung ohne weiteres bejahend beantwortet werden kann. Es erklärt sich dies daraus, daß der Grundsatz der tatsächlichen Herrschaftsergreifung bei dem Erwerbe völlig ausgeschieden und an dessen Stelle der Abschluß eines Rechtsgeschäftes getreten ist. Die Bestimmungen der §§ 164 ff sind somit ohne Einschränkung auf den Besitzerwerb gemäß § 870 anwendbar.

§ 8. Der Besitzerwerb einer juristischen Person und einer Personenmehrheit.

Nach den Erörterungen über die Möglichkeit eines Besitzerwerbes der natürlichen Personen durch Dritte ist zum Schluß unserer Arbeit noch darauf einzugehen, in welcher rechtlichen Form sich der Besitzerwerb einer juristischen Person und einer Personenmehrheit vollzieht. Die bisherigen Ergebnisse über die Möglichkeit einer Stellvertretung beim Besitzerwerb werden für diese Untersuchung als Grundlage dienen, sodaß im einzelnen eine Bezugnahme darauf genügen kann.

Es würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen, die einzelnen in großer Zahl in der Wissenschaft vertretenen Lehren über die Rechtsnatur der juristischen Person zu erläutern und zu würdigen. Daher sei es gestattet, die von Beseler begründete und von Gierke vertretene Lehre von der juristischen Person als der realen Verbandspersönlichkeit zur Grundlage unserer Betrachtungen zu machen. Die juristische Person muß danach als eine wirkliche, wenn auch nur abstrakt bestehende Rechtspersönlichkeit angesehen werden. Denn man kann nicht sagen, daß abstraktes nicht sinnlich wahrnehmbar und deshalb nur eine Fiktion sei. Ebenso wie die juristische Person etwas wirklich Bestehendes ist, muß man ihr auch die Rechtsfähigkeit zuerkennen. Denn es ist weder einzusehen, noch erwiesen, warum nur ein Mensch diese Fähigkeit haben sollte.

---

[153]) Vgl. Aravantinos S. 129; Bruns S. 96; Strohal S. 93 ff.; Last S. 76 ff.; Kress S. 207 ff.

Zur Behandlung unserer Frage muß zunächst eine Erläuterung darüber vorausgeschickt werden, ob und in welcher Weise eine juristische Person Rechtshandlungen vornehmen kann. Aus dem Vorhandensein der Rechtsfähigkeit oder dem Begriff des wirklich Bestehenden ist dies noch nicht zu schließen. Zwar kann man von einem Gesamthandlungswillen und damit von einer Handlung sprechen, wenn z. B. die Generalversammlung eines rechtsfähigen Vereins einen einstimmigen Beschluß faßt — bei einer bloßen Mehrheit wäre dies bereits bedenklich. Aber dies ist nur eine Aeußerung des Gesamtwillens. Keinesfalls kann man darin eine in der Außenwelt hervortretende tatsächliche Handlung sehen, wie sie z. B. der Besitzerwerb erfordert. Es ist auch physisch gar nicht denkbar, daß eine juristische Person sich als solche in tatsächlicher Hinsicht betätigt, da diese Fähigkeit eben nach der natürlichen Veranlagung nur dem Menschen zugesprochen werden kann. Die juristische Person als solche, als ein abstrakt bestehendes Gebilde, ist nicht handlungsfähig. Um am Verkehrsleben teilnehmen zu können, benötigt sie natürliche Personen, welche für sie handeln. Diese natürlichen Personen sind die Organe. Die juristische Person handelt daher nicht neben, sondern durch die Organe.

Dies ist ganz der Standpunkt, den Gierke in seiner Lehre vertritt, daß in dem Handeln der Organe die juristische Person selbst und unmittelbar handelt. Dabei tritt das Organ nicht als ein von der juristischen Person verschiedenes Rechtssubjekt auf. Diese Ansicht steht im Gegensatz zu der Annahme einer wahren Stellvertretung. Denn bei einer Stellvertretung besteht ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Rechtssubjekten, dem Vertreter und dem Vertretenen. Die eine Person, der Vertreter, handelt für die andere Person, den Vertretenen. Es handeln dabei also zwei natürliche Personen.

Das Gesetz hat in § 26 eine Bestimmung über ein Organ — als solches ist der Vorstand einer juristischen Person anzusehen — dahin getroffen, daß dieses die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat. Aus dieser Vorschrift entstehen berechtigte Zweifel, ob der Vorstand ein wirklicher gesetzlicher Vertreter, wie z. B. der Vater, ist oder ob er nur wie ein gesetzlicher Vertreter behandelt werden muß. Wie wir aber unten noch sehen werden, entsprechen die Besitzverhältnisse zwischen den Organen und einer juristischen Person nicht denen eines gesetzlichen Vertreters zu dem von ihm Vertretenen.

Für die Annahme eines Vertretungsverhältnisses spricht anscheinend, daß die Mitglieder des Vorstandes meist in einem Anstellungsverhältnisse, z. B. Dienstvertrag, zur juristischen Person stehen. Dieser Ansicht ist deshalb nicht beizutreten, weil dieser Vertrag auch wieder mit einem anderen Organ, nämlich der Generalversammlung, welche den Vorstand beruft, abgeschlossen ist. Man

müßte anders die Generalversammlung als mit der juristischen Person identisch ansehen, was schon deshalb bedenklich erscheint, weil oft der Vorstand nur durch Mehrheitsbeschluß berufen wird. Diese Meinung wird auch demgegenüber aufrecht erhalten, daß die Generalversammlung ohne Zweifel das höchste Organ ist. Es bestehen aber neben dieser andere Organe, z. B. der Vorstand, die eben bei dem Aufbau der juristischen Person nicht außer Acht gelassen werden dürfen.

Wenn für das Vorliegen einer Stellvertretung angeführt wird, daß ein Vorstandsmitglied gemäß § 181 ein Rechtsgeschäft mit sich selbst abschließen könne, so ist dagegen zu sagen, daß in diesem Falle das Vorstandsmitglied nicht in seiner Eigenschaft als Organ der juristischen Person, sondern als „Privatperson" handelt. Zweifelsfrei ergibt sich der Unterschied zwischen Organ und Vertreter aus der Vorschrift des § 31 über die Haftung der juristischen Person. Denn nur bei „Zentralorganen" kommt § 31, bei sonstigen Vertretern § 831 zur Anwendung.

Allerdings hat der Vorstand gemäß § 26 die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Auf dessen Handlungen sind also die §§ 164 ff anwendbar. Dies gilt aber nur, wie oben dargelegt, bei Abgabe von Willenserklärungen, d. h. bei Abschluß von Rechtsgeschäften. Für den Besitzerwerb, der eine Rechtshandlung ist, trifft diese Bestimmung demnach nicht zu. Daraus ergibt sich, daß der § 26 in Verbindung mit den §§ 164 ff für die Beantwortung unserer Frage nicht in Betracht kommen kann. Wir müssen daher den Besitzerwerb der juristischen Person von anderen rechtlichen Gesichtspunkten aus betrachten.

Oben war festgestellt, daß eine juristische Person als solche in tatsächlicher Hinsicht nicht handlungsfähig ist. Es fragt sich: kann eine juristische Person den Besitz an einer Sache erwerben, obwohl ihr die Handlungsfähigkeit im physischen Sinn fehlt? Die Antwort hängt davon ab, ob eine tatsächliche Beziehung der juristischen Person zu einer Sache möglich ist. Dies ist, soweit es sich um die juristische Person als etwas Abstraktes handelt, nicht denkbar. Vielmehr kann ein solches tatsächliches Verhältnis nur dadurch begründet werden, daß eine tatsächliche Beziehung zwischen den zur juristische Person gehörenden natürlichen Personen und der Sache hergestellt wird. Auch beim Besitzerwerb kann die juristische Person nur durch natürliche Personen, ihre Organe, tatsächlich handeln. Erlangen also die Organe in ihrer Eigenschaft als solche Besitz an einer Sache für die juristische Person, so erwirbt diese unmittelbar Besitz. In diesem Sinne ist eine juristische Person mithin besitzfähig[154]). Diese Fähigkeit wird auch durch das Gesetz in § 983 bestätigt.

[154]) Vgl. Wolff § 8, I.

Auf Grund dieser Feststellung können wir nun prüfen, auf welchem rechtlichen Wege sich dieser Fall des Besitzerwerbes vollzieht. Dazu werden die obigen Ergebnisse über die Möglichkeit des Besitzerwerbes durch Dritte heranzuziehen sein.

In Frage kommt ein Besitzerwerb gemäß § 868, denn wir hatten gezeigt, daß auch der mittelbare Besitz durch den Mittler ursprünglich erworben werden kann. Für einen gesetzlichen Vertreter trifft § 868 zu[155]). Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Vater unmittelbaren Besitz an dem Kindesvermögen hat. Eine Stellung des Vaters als Besitzdiener kann nicht gebilligt werden, denn die gehorsamspflichtige, die sozial untergeordnete Person, ist gerade das Kind. Das Verhältnis ist gegenüber dem des § 855 ein entgegengesetztes. Vielmehr muß angenommen werden, daß der Vater unmittelbaren, das Kind mittelbaren Besitz an seinem Vermögen hat.

Ein solches Verhältnis kann bei einer juristischen Person nicht vorliegen[156]). Wir hatten oben dargelegt, daß der mittelbare Besitz des § 868 ein Doppelbesitz ist, der sowohl in der Person des Mittlers, als auch in der des mittelbaren Besitzers als wirklicher und tatsächlicher besteht. Wollte man dieses Besitzverhältnis auf die juristische Person anwenden, so müßte diese mittelbaren, das Organ unmittelbaren Besitz haben. Zu dieser Ansicht kann man leicht durch die oben behandelte Lehre verleitet werden, welche die Organe stets als Vertreter der juristischen Person behandeln will. Das der Vertretung zu Grunde liegende Innenverhältnis könnte man leicht als Besitzmittlungsverhältnis gemäß § 868 ansehen.

Jedoch ist die Anwendung des § 868 bereits wegen der Natur dieses Besitzverhältnisses als eines Doppelbesitzes abzulehnen. Ein solcher kann in der Regel bei dem Aufbau der juristischen Person nicht möglich sein. Zu einem Mittlungsverhältnis gemäß § 868 gehören nämlich zwei Personen, welche in der Lage sind, wirklichen Besitz auszuüben. Der Besitz des § 868 stellt sich auch im Falle des ursprünglichen Erwerbes nur als eine Herrschaftslockerung auf Seiten des mittelbaren Besitzes dar. Dieser muß bei einer Beendigung des Mittlungsverhältnisses die tatsächliche Gewalt übernehmen können. Ein Doppelbesitz in dem Sinne, daß die juristische Person einerseits und die Organe andererseits Besitz gemäß § 868 haben, ist nicht denkbar. Man müßte denn der Ansicht sein, daß beide Besitzformen des § 868 in der Person eines Organs vereinigt sind, oder daß ein Organ mittelbaren, das andere unmittelbaren Besitz hat.

Ein Organ jedenfalls müßte unmittelbaren Besitz an der Sache haben. Man kann aber nicht sagen — um ein praktisches Beispiel

---

[155]) Vgl. Leonhard a. a. O.; R.G.R.K. zu § 854; Wolff § 8, I; a. A.: Förtsch S. 545 ff.

[156]) a. A.: Isay S. 265 ff.

zu bringen — daß ein Stadtbaurat eine der Stadt gehörige Sache im Besitz hat, soweit nicht ausnahmsweise ein besonderes Verwahrungsverhältnis oder dergleichen besteht. Vielmehr hat die Stadt an der Sache Besitz, welcher nur durch den Stadtbaurat ausgeübt wird. Alle auf den Besitz gegründeten Klagen, z. B. aus §§ 985, 1007, richten sich allein gegen die Stadt und nicht gegen den Stadtbaurat. Die Vermutung des § 1006 gilt für die Stadt, dieser stehen die Klagen aus §§ 859 ff zu. Wir sehen also, daß ein Besitzverhältnis gemäß § 868 auf das Verhältnis zwischen einer juristischen Person und deren Organe nicht zutreffend ist. Da dies das Gegenteil zu dem Verhältnis zwischen dem gesetzlichen Vertreter, z. B. dem Vater und dem Kinde ist, kann weiterhin die Folgerung gezogen werden, daß die Organe, mindestens bezüglich des Besitzerwerbes, nicht gesetzliche Vertreter sind. Dies gilt im Hinblick auf § 26 besonders für den Vorstand.

Wir haben weiter zu prüfen, ob der § 855 auf das Verhältnis der juristischen Person zu ihren Organen anzuwenden ist[157]). Für ein Verhältnis gemäß § 855 bei dem Besitzerwerb der juristischen Personen ist anzuführen, daß in § 855 der Besitzherr, d. h. der Besitzer, die tatsächliche Gewalt nicht unmittelbar selbst auszuüben braucht, diese vielmehr allein durch den Besitzdiener ausgeübt werden kann. Aber doch hatten wir gesehen, daß wenigstens der Herr auch imstande war, die tatsächliche Gewalt selbst auszuüben. Es erscheint daher fraglich, ob unter diesen Umständen auch die juristische Person Besitzherr nach § 855 sein kann. Denn obwohl wir diese als ein abstraktes, wirklich bestehendes Gebilde dargestellt hatten, war sie nicht fähig, ohne die Hilfe natürlicher Personen, eben der Organe, tatsächlich Gewalt auszuüben. Jedoch wird man auf Grund des § 855, in dem einer Person Besitz zugesprochen ist, obwohl sie selbst keine tatsächliche Gewalt ausübt, annehmen, daß auch eine als solche physisch nicht handlungsfähige Person Besitzherr gemäß § 855 sein kann.

Fraglich erscheint aber, ob die Grundlage des § 855 gegeben ist, nämlich ein soziales Abhängigkeitsverhältnis der Organe zu der juristischen Person. Als entscheidendes Merkmal hatten wir oben das Befehlsrecht des Herrn und die entsprechende Gehorsamspflicht des Dieners festgestellt. Sind diese Merkmale hier gegeben? Die Generalversammlung kann als ein solches sozial untergeordnetes Organ nicht angesehen werden. Denn es gibt keine Stelle, welche ihr Befehle innerhalb der juristischen Person erteilen könnte. Dieser Umstand wäre aber noch kein Hindernis der Anwendung des § 855, da die Generalversammlung praktisch tatsächliche Handlungen, insbesondere Besitzerwerb, nicht vornehmen wird.

---

[157]) Dafür: Dernburg § 14 Nr. 7; Przibilla S. 360; Heinrich S. 48

Es bleibt zu prüfen, ob der Vorstand in einem Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des § 855 zu der juristischen Person steht. Das in der Regel die Anstellung des Vorstandes begründende Vertragsverhältnis ist, wie wir sahen, einer sozialen Unterordnung nicht gleich zu setzen. Es muß daher die tatsächliche Lebensauffassung entscheiden, ob ein solches Verhältnis vorliegt, wie es § 855 erfordert. Die juristische Person als ein nur abstrakt bestehendes Gebilde kann als „Befehlshaber" nicht in Betracht kommen. Denn nur natürliche Personen oder Personenmehrheiten können Anweisungen erteilen. Hier kann also nur die Generalversammlung diejenige Persönlichkeit sein, deren Weisungen bezüglich einer Sache sich der Vorstand zu unterwerfen hätte. In der Tat hat diese auch eine gehobene Stellung gegenüber dem Vorstand. Sie beruft diesen, kann ihn absetzen (§ 27), kurz, der Vorstand ist in seiner gesamten Tätigkeit von ihr abhängig. Die Frage ist nur, ob dies bereits eine soziale Abhängigkeit im Sinne des § 855 ist. Kann man diese nicht auch als Ausfluß der obligatorischen Verträge zwischen der Generalversammlung und den Vorstandsmitgliedern ansehen? Die Grenze ist sehr flüssig. Bedenkt man, daß die Vorstandsmitglieder in einer Generalversammlung meist einen hervorragenden Einfluß haben, die Beschlüsse meist nach ihren Vorschlägen gefaßt werden, so werden die Zweifel noch erheblicher. Hier könnte man sich jedoch helfen, indem man sagt, letzten Endes muß sich der Vorstand doch den Beschlüssen der Generalversammlung fügen, wenn diese auch gegen seinen Willen gefaßt sind. Eine gewisse Unterordnung ist demnach nicht zu leugnen. Diese Abhängigkeit wirkt sich auch auf die Ausübung des Besitzes aus. Nicht in dem Sinne, daß die Generalversammlung dem Vorstandsmitglied hinsichtlich jedes Dienstbleistiftes oder dergleichen Gegenständen Anweisungen erteilt, sondern in der Weise, daß sie den Vorstand seines Amtes enthebt, wenn er nicht gemäß ihrem Willen handelt. Alle diese Umstände, insbesondere der gesetzlich oder satzungsmäßig festgelegte Aufbau der juristischen Person, in der die Generalversammlung das höchste Organ ist, lassen immerhin eher auf ein soziales als auf ein nur obligatorisches Abhängigkeitsverhältnis des Vorstandes schließen. So weit dieses nun im öffentlichen Recht begründet ist, kann man ohne Bedenken ein soziales Unterordnungsverhältnis annehmen, wie z. B. bei den Beamten. Der Beamte muß der übergeordneten Behörde Gehorsam leisten. Hat z. B. der Stadtbaurat die tatsächliche Gewalt über eine der Stadt gehörige Sache, so hat die Stadt Besitz, der Baurat ist nur Besitzdiener nach § 855. Anders ist die Rechtslage freilich, wenn der Beamte die Sache auf Grund eines Verwahrungsvertrages oder dergleichen im Besitz hat. Dann wird ausnahmsweise ein Besitzmittlungsverhältnis gemäß § 868 gegeben sein.

Bedenklicher erscheint diese Annahme, wenn das Verhältnis zu der juristischen Person nicht im öffentlichen Recht begründet ist. Man könnte sich auch hier dafür bekennen, wenn u. E. nicht ein anderer Umstand entgegenstände. Nach den obigen Erörterungen kann nur die Generalversammlung als Befehlshaber in Betracht kommen. Dann müßte diese aber gemäß § 855 Besitzer sein und damit die juristische Person selbst darstellen oder zum mindesten die Rechte dieser allein ausüben. Das ist aber gerade nicht der Fall. Sondern die juristische Person ist keine natürliche, sie ist nur ein abstraktes Gebilde, deren Rechte von einer Anzahl von natürlichen Personen in gleicher Weise wahrgenommen werden. In jeder dazu befugten natürlichen Person tritt die juristische Person bei einer Handlung selbst auf. Hinsichtlich der Vornahme tatsächlicher Handlungen für die juristische Person muß man also deren Organe als gleichberechtigt nebeneinanderstehend ansehen. Es kann nicht die Handlung des einen Organs eine andere Bedeutung z. B. hinsichtlich des Besitzerwerbes deswegen haben, weil es in einer höheren Stelle sich befindet. Anders läßt sich der ganze Aufbau, vor allem die anerkannte Besitzfähigkeit, der juristischen Person nicht erklären.

Die Entscheidung läßt sich daher nur aus der Rechtsnatur der juristischen Person und der Stellung der Organe im Verkehrsleben entnehmen. Die Organe, insbesondere der Vorstand, sind die physischen Personen, welche für die juristische Person deren Rechte unmittelbar wahrnehmen, deren Handlungen vornehmen, weil dieser die Fähigkeit dazu fehlt. Man muß mithin die Handlungen der Organe in ihrer Eigenschaft als solche als Handlungen der juristischen Person selbst ansehen. In den Handlungen der Organe tritt die juristische Person selbst auf[158]).

Für den Besitzerwerb bedeutet dies, daß die juristische Person unmittelbar Besitz erwirbt, wenn ein Organ — meist wird es der Vorstand oder ein Mitglied des Vorstandes sein — die tatsächliche Gewalt an einer Sache für diese erlangt. Eine Stellvertretung liegt dabei nicht vor, denn die durch das Organ vorgenommene Besitzerwerbshandlung ist eine Handlung der juristischen Person. Es ist in Wirklichkeit nur eine Person, welche handelt.

Wenn zwar oben eine unmittelbare Anwendung des § 858 auf diesen Fall des Besitzerwerbes abgelehnt war, so kann eine entsprechende Anwendung nicht grundsätzlich verneint werden. Dies insbesondere deshalb, weil die juristische Person als solche keine

---

[158]) Vgl. Wolff § 5, I; Gierke § 114; Endemann § 38; Rosenberg 4 zu 855; R.G.R.K. zu § 854; ähnlich auch Förtsch S. 545 ff.

Befehlsrechte ausüben kann und dies daher einem anderen Organ, der Generalversammlung, überlassen bleiben muß. Dies würde eben einer unmittelbaren, nicht aber einer entsprechenden Anwendung des § 855 entgegenstehen. Es würden die oben dargelegten Voraussetzungen des Besitzerwerbes gemäß § 855, insbesondere die Nichtbeachtung des Willens hinsichtlich der Richtung des Erwerbes, entsprechend heranzuziehen sein.

Wir haben uns endlich der Frage zuzuwenden, wie der Besitzerwerb für eine Personenmehrheit, die als solche keine Rechtsfähigkeit hat, wie z. B. der nicht rechtskräftige Verein, rechtlich vollzogen wird. Gegenüber der juristischen Person ergibt sich der Unterschied, daß eine Ausübung der Rechte der Personenmehrheit in dem oben erörterten Sinne nicht vorliegen kann, weil diese Personenmehrheit durch die Rechtsordnung nicht zu einer Rechtspersönlichkeit zusammengefaßt ist. Man wird daher die sämtlichen Vorschriften des Besitzrechtes in der Weise anwenden müssen, wie sie oben auf die Möglichkeit einer Stellvertretung hin untersucht worden sind. Jedoch wird dabei zu beachten sein, daß nicht eine Einzelperson, sondern eine lose Personenmehrheit der Erwerber ist. Innerhalb dieser wird meist Mitbesitz bestehen. Handelt ein Driter für einen nicht rechtsfähigen Verein oder eine andere Personenmehrheit, indem er für diese Besitz erwirbt, so wird stets zu prüfen sein, ob die Voraussetzungen des § 855 oder des § 868 vorliegen, wenn nicht die Fälle der §§ 854 Abs. II oder 870 in Betracht kommen.

Lebenslauf.

Am 5. September 1910 wurde ich als Sohn des Pfarrers Erich Schmidt und seiner Ehefrau Johanna, geb. Korreng, in Schlichtingsheim Kr. Fraustadt geboren. Nachdem mein Vater im Jahre 1917 nach Cottbus versetzt worden war, besuchte ich das staatliche Friedrich-Wilhelm-Gymnasium zu Cottbus und bestand Ostern 1929 die Reifeprüfung.

Seit Ostern 1929 studierte ich an der Philipps-Universität zu Marburg die Rechts- und Staatswissenschaften und bestand am 29. Juli 1933 die erste juristische Staatsprüfung vor der Prüfungskommission bei dem Oberlandesgericht in Kassel.

Seit dem 4. September 1933 befinde ich mich im Staatsdienst. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 7. Februar 1934.